

Ophavsret og AI

Beskyttelse af AI-genererede værker og kan disse værker krænke 3. mands rettigheder?

Fremstillingen er udarbejdet af:

Samet Toptas

Studienummer: 20136181

Vejleder:

Torsten Bjørn Larsen

Afleveringsdato:

14. august 2020

Abstract

The purpose of this report is to examine whether works, generated by AI, can receive copyright protection, and infringe the rights of third parties in accordance with Danish copyright. The production will end up being used, by illuminating who can access AI-generated works. For a long time, computer programs have been used as tools by people for creating work, for example for writing books or articles. An AI is a computer software that, with its built-in algorithms, have the ability to perform tasks similar to what humans can do. Therefore, in recent times, AI systems have emerged, that can predict creations without human intervention. Since copyright is based on a message creation created by humans, the question arises of works generated by autonomous AI, which by itself, can learn about the inputs that are made available in an independent and creative way. This thus challenges the traditional copyright.

The production argues for, in such works generated by autonomous AI systems, cannot get its place in the copyright protection. The production also concludes that even AI-generated works cannot get protection, they may well infringe the rights of third parties. In addition, there may well be ownership of such creations with the condition that there is sufficient and effort required by copyright.

Indholdsfortegnelse

Abstract	2
1 Indledende afsnit	5
1.1 Baggrunden og formålet med fremstillingen	5
1.2 Eksempel.....	6
1.3 Problemformulering.....	7
1.4 Metode	7
1.5 Retskilder	7
1.6 Afgrænsning	9
1.7 Fremstillingens struktur.....	10
2 Hvad er en AI	11
2.1 Stærk/svag AI og Machine learning	11
2.2 Sorte boks	12
2.3 AI og IP – Den retlige status.....	12
3 Ophavsretten	14
3.1 Ophavsrettens bagvedliggende hensyn.....	14
3.2 Retsgrundlaget	15
3.2.1 International ophavsret.....	15
3.2.2 EU-ret.....	15
3.2.3 Dansk ophavsret.....	16
3.3 Retserhvervelsen.....	17
3.4 Beskyttelsens objekt	17
3.4.1 Kravet til litterære og kunstneriske værker	17
3.4.2 Originalitetskravet	18
3.5 Ophavsrettens indhold.....	25
3.5.1 Eneretten.....	25
3.6 Ophavsrettens subjekt	28
3.6.1 Ophavsmanden	28
4 Ophavsretlig beskyttelse af værker genereret af AI	31
4.1 Indledning.....	31
4.2 Kan AI anses for at være ophavsmanden og kan dennes genererede værker beskyttes?	31
4.3 Kan der være tale om en tilstrækkelig menneskelig indsats og i så fald hvem tilfalder rettigheden?	36
4.4 Hvem tilfalder rettighederne? – Når der er tale om svage AI-systemer.....	38
4.5 Situationer hvor en AI agerer mere autonom.....	42
4.6 Delkonklusion.....	44
5 Kan AI-genererede værker krænke tredjemand?	45
5.1 Indledning.....	45

5.2 Krænkelser	45
5.2.1 identitetsoplevelser	46
5.2.2 Efterligning	46
5.2.3 Samtykke	46
5.3 Er generering af AI værker en krænkende proces?	47
5.4 Delkonklusion	50
6 Konklusion	52
7 Litteraturliste	54
• http://www.teresascassa.ca/index.php?option=com_k2&view=item&id=286:artist-sued-in-canada-for-copyright-infringement-for-ai-related-art-project#	55

1 Indledende afsnit

1.1 Baggrunden og formålet med fremstillingen

Alle har måske stået over for en forestilling om kunstig intelligens (AI) mindst en gang i livet. Det kan skyldes det hastige fremskridt i teknologien, hvorfor vi er rykket frem til en verden, hvor AI er blevet en stor del af vores liv. Dette afspejles i alt fra sociale medier til selvkørende biler, samt systemer, der blandt andet er i stand til at spille skak, tegne, skrive eller diagnosticere sygdomme.

AI er endvidere, i særdeles grad, menneskets hjælpende hånd når det kommer til at skrive artikler, bøger, og ikke mindst genskabe elementer og værker fra populære kunstnere og digtere fra fortiden. Et eksempel på dette er projektet "Next Rembrandt", hvor hensigten har været at frembringe værker i samme stil som kunstneren Rembrandt fra det 17. århundrede¹. Vi befinder os i dag i en verden, hvor AI-systemer er gjort mere avancerede, hvilket ses ved mere avancerede algoritmer, større datamængder, samt evne til mere enkel kildesøgning og hentning. De er på den måde blevet mere autonome, og er blevet i bedre stand til, at kunne generere værker og kunst med en minimal grad af menneskelig involvering. AI er regnet til at bidrage med 15 billioner dollars til den globale økonomi inden 2030². I denne forbindelse kunne det tænkes, at værker, der er genereret af AI-systemer, både vil have en stor økonomisk værdi, samt ville blive benyttet til at fremstille flere og flere litterære og kunstneriske værker.

Ophavsretten er en rettighed inden for immaterialretten, som er med til at beskytte forfatteres litterære- og kunstneriske værker. Baggrunden for ophavsretten er, at den er med til at sikre at disse forfattere, kan anvende deres værker økonomisk, hvor den også tilsvarende giver dem enerettigheder i forhold til eksempelvis fremstilling og tilgængeliggørelse af deres rettigheder³. Ved siden af de økonomiske rettigheder, sikrer ophavsretten også forfatteres personlige interesser, ved

¹ The Next Rembrandt: <https://www.nextrembrandt.com/> og <https://medium.com/@DutchDigital/the-next-rembrandt-bringing-the-old-master-back-to-life-35dfb1653597>

² Holmes, Frank (2015): AI will add 15 trillion to the world economy by 2030, Forbes <https://www.forbes.com/sites/greatspeculations/2019/02/25/ai-will-add-15-trillion-to-the-world-economy-by-2030/#6152897f1852>

³ Schønning (2016) s. 151

at denne nævnes eller krediteres, samt sikrer, at dens præstige og ære ikke bliver krænket af andre⁴. Formålet med fremstillingen er derfor, hvorvidt disse værker, der er genererede af AI-systemer, kan nyde beskyttelse i henhold til ophavsretten, og hvem der i så fald får enerettighederne til disse genererede værker. Det centrale i fremstillingen er derfor, om maskine-skabte værker kan ligestilles med menneskeskabte værker, samt hvilke udfordringer dette kan medføre. Da området ikke er noget, der decideret kan klarlægges ud fra gældende lovgivning og retspraksis i Danmark og i EU, kan der ikke ses bort fra, at det kan forvolde nogle juridiske udfordringer især i forhold til krænkelssager. Fremstillingen vil derfor klarlægge retstilstanden for spørgsmål forhold til om AI-systemer kan krænke andres rettigheder under frembringelse af værker. Dernæst vil fremstillingen komme ind på de udfordringer, emnet rejser i forbindelse med den nuværende retstilstand. Fremstillingen er blevet til med formålet om at bidrage til forståelsen for emnet inden for dansk ret.

1.2 Eksempel

1. A er en forfatter til en række bøger, og dennes eneste økonomiske indtægt er at sælge sine bøger. Dog er forfatteren ikke længere i stand til selv at kunne skrive pga. en trafikulykke. Forfatteren køber derfor en AI-maskine som han/hun fodrer med data fra egne kilder men også fra åbne kilder på internettet. Kan A stadig få økonomisk gavn i forbindelse med de bøger AI-maskinen genererer for ham?
2. A fodrer en AI-maskine med en titusinder af data fra de åbne internetkilder, hvor en del af kilderne er ophavsretligt beskyttede. Kan dette medfører en krænkelse i ophavsrettens forstand?

Formålet med fremstillingen er derfor, at klarlægge om A kan benytte en AI-maskine som et værktøj for at skabe sine bøger og dermed om A, som en bruger af AI-maskinen, kan tilegne sig eneretten til bøgerne i forhold til ophavsretten. Endvidere vil der blive undersøgt, om det er en krænkelse, når A har fodret sin AI-maskine med beskyttede kilder.

⁴ Schönning (2016) s. 151

1.3 Problemformulering

Fremstillingen ønsker at undersøge, om hvorvidt AI-genererede værker kan beskyttes i henhold til ophavsretten, og derudover undersøge om der kan være tale om tilstrækkelig indsats fra et menneske i de færdiglavede AI-frembringelse, og i så fald hvem ophavsretten kan tilfalde. Endvidere vil fremstillingen undersøge om værker, der er genereret af AI, kan krænke 3.mands rettigheder.

1.4 Metode

Den retsdogmatiske metode vil blive benyttet med henblik på at besvare fremstillingens problemformulering. Denne indebærer at gøre brug af relevante retskilder til at analysere og beskrive gældende ret, *de lege lata*⁵. Den retsdogmatiske metode er, i de fleste tilfælde, udtryk for en skabende proces, selvom den i realiteten ikke frembringer noget nyt⁶. Den retsdogmatiske metode er anderledes fra den juridiske metode, hvorfor den juridiske metode snarere anvendes til at løse konkrete juridiske problemstillinger og for at give et endelig svar på disse.⁷

Den retsdogmatiske metode er valgt i fremstillingen i forbindelse med at klarlægge retstilstanden i forhold til problemstillinger angående AI-genererede værker. Dette er gjort med henblik på at gøre brug af relevante retskilder - danske, EU-retlige og internationale hjemler, inklusiv dansk retspraksis samt EU-retspraksis, hvilket vil blive uddybet i næste afsnit.

1.5 Retskilder

Fremstillingens problemstillinger behandles ved anvendelse af relevante nationale, EU-retlige og internationale retskilder.

⁵ Blume (2011) s. 66

⁶ Blume (2011) s. 66

⁷ Munk-Hansen (2014) s. 191

I forhold til nationale retskilder vil den danske ophavsretslov⁸ blive anvendt. Den danske ophavsretslov vil blive anvendt til at belyse problemstillingerne, når det skal vurderes, hvorvidt AI-genererede værker kan beskyttes, samt det dertilhørende krænkelsspørgsmål. I forhold til ophavsretsloven vil det største fokus være på de bestemmelser, der vedrører ophavsrettens objekt, indhold og subjekt. Ophavsretten er bundet til territorialitetsprincippet, hvilket betyder, at denne kun gælder for emner, der er ophavsretlige relevante i Danmark⁹. Endvidere vil der i fremstillingen gøres brug af forarbejder og betænkninger i henhold til ophavsretten i Danmark.

I forbindelse med at ophavsretten er et område, der er reguleret EU-retligt, vil der i fremstillingen gøres brug af EU-retlige retskilder. De EU-retlige retskilder, som anvendes til at belyse problemstillinger angående beskyttelse og krænkelse af AI-genererede værker, er det særligt databasedirektivet¹⁰, softwaredirektivet¹¹ og beskyttelsesdirektivet¹², samt EU-retspraksis, der er relevant. Størst fokus vil være på direktivernes bestemmelser og EUD-praksis' præmisser angående vurderingen om kravet til originalitet, hvilket vil få størst betydning for specialets nedenstående afsnit. Dette er endvidere særlig vigtigt, hvorfor det generelle udgangspunkt i dansk ret er således, at EU-retten har forrang fremfor dansk ret, hvilket betyder at i tilfælde af uoverensstemmelse mellem EU-praksis/direktiver og dansk ret, vil den EU-retlige regulering have forrang¹³.

I forbindelse med at fremstillingen behandler et område, som den ophavsretlige lovgivning i Danmark ikke decideret benævner, vil der i særdeles grad gøres brug af retspraksis. Dog vil det være bemærkelsesværdigt at nævne, at dansk retspraksis er sparsom i forhold til fremstillingens emne, og der vil derfor i størst omfang lægges vægt på retspraksis fra EU. Dog udelades national retspraksis ikke, og vil blive brugt i tilfælde af, at det bliver relevant i forhold til fremstillingens emne.

⁸ Lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23/10/ 2014

⁹ Schovsbo mf. (2014) s. 75

¹⁰ Direktiv 96/9/EF af 11/03/1996

¹¹ Direktiv 2009/24/EF af 23/04/2009

¹² Direktiv 2006/116/EF af 12/12/2006

¹³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=LEGISSUM%3AI14548>

Endvidere vil de internationale retskilder blive anvendt for at give en overordnet indblik i ophavsretten. Bernerkonventionen, Wipo Copyright Treaty og TRIPS-aftalen fremstillingen berører, er de mest relevante internationale retskilder¹⁴.

Der vil også gøres brug af juridiske litteratur og artikler selvom disse ikke kan antages for at være juridisk retskilde, dog vil de blive benyttet som fortolkningsbidrag, som kan understøtte forståelsen for retsområdet samt til retspraksis og til beskrivelsen og analysen af de anvendte retskilder ved vurderingen af, om hvorvidt AI-genererede værker kan beskyttes og krænke. De kan ikke være anset for at indgå i den retslige trinfølge, hvorfor deres forfattere ikke har legitimitet til at fastlægge gældende ret¹⁵.

1.6 Afgrænsning

Den nærværende fremstilling tager udgangspunkt i den ophavsretlige beskyttelse af AI-genererede værker, og om hvorvidt disse kan udgøre en krænkelse for andre. Eftersom fremstillingen berører problemstillinger i henhold til AI og de værker den genererer, vil det ikke kunne udelukkes, at der også kan forekomme problemer i forhold til de andre immaterialretlige discipliner såsom i patentretten. Den europæiske patentorganisation har blandt andet taget stilling til, om en AI ved navn DABUS kunne blive anset for at være opfinderen i patentrettens forstand i forhold til dens genererede opfindelser¹⁶. Dog fokuserer fremstillingen kun på at behandle problemstillinger ud fra et ophavsretligt perspektiv, og de andre immaterialretlige discipliner og retsområder udelades derfor af denne grund.

Fremstillingen vil udelukkende have fokus på outputdelen for AI, angående frembringelser skabt af AI og problemstillinger i relation til beskyttelse, samt hvorvidt de kan krænke andre. De forskellige aspekter inden for AI i form af de data den anvender (inputdelen), selve funktionen af AI (den bagvedliggende kode) samt brugergrænsefladen vil ikke blive berørt. Yderligere vil AI-systemet kun blive beskrevet i det omfang, det har relevans for forståelsen af de juridiske aspekter af fremstillingen.

¹⁴ Larsen (2019) s. 57

¹⁵ Munk hansen (2014) s.346

¹⁶ <https://www.epo.org/news-events/news/2019/20191220.html>

Ydermere vil der i fremstillingen tages højde for hvem, der kan anses for at være ejere af de frembringelser, en AI genererer. Dog vil selve ansættelsesforholdet mellem programmøren og dens arbejdsgiver ikke blive drøftet særskilt, hvorfor fremstillingen afgrænses til kun at fokusere på de overordnede potentielle ejere som programmøren af AI-systemet og brugeren af denne, med henblik på at klarlægge retstilstanden for AI-genererede værker. I krænkesdelen vil fokus ikke være den dybdegående krænkeslære i ophavsretten, men kun hvorvidt krænke kan forekomme af sådanne genererede værker. Derfor vil krænkesvurderingen blive belyst med det omfang, at den kan give en indsigt i, hvad en krænke er i ophavsrettens forstand for at give et indblik i, hvorledes AI-genererede værker kan krænke andre.

Da fokus er de ophavsretlige aspekter for at belyse problemformuleringen, vil de retshåndhævelsesmæssige aspekter og strafferetlige sanktioner blive udeladt.

Yderligere afgrænses fremstillingen til den danske ophavsretslov, som dog har implementeret diverse EU-direktiver og konventioner. Fremstillingen vil ikke behandle hele ophavsretten, dog kun de dele af ophavsretten, der har relevans for at belyse de ophavsretlige problemstillinger, som kan opstå i forbindelse med beskyttelse af AI-generede værker, samt krænkesvurdering i forbindelse med disse værker. Endvidere vil de naboretlige rettigheder blive udeladt af pladsmæssige grunde, og derfor vil ovenstående afgrænsning foretages på baggrund af specialets udstrækning, hvorfor fremstillingen har til hensigt at komme i dybden med analysen af problemstillingerne.

1.7 Fremstillingens struktur

Del 1: I denne del af fremstillingen er formålet med fremstillingen, dennes problemformuleringen, metode, afgrænsning, anvendte retskilder og et udarbejdet eksempel for at give læseren en bedre forståelse for fremstillingen.

Del 2: I denne del er der redegjort for hvad en AI er og dennes retslige status.

Del 3: I denne del vil der blive redegjort for hvad ophavsretten indebærer. Der vil i den forbindelse blive set på, hvad et værk er i ophavsrettens forstand, hvad der kræver for, at ens skabte værker kan få beskyttelsen. Til sidst vil der blive set på, om hvem der kan være anset for at være ophavsmanden.

Del 4: I denne del vil der blive analyseret og diskuteret om hvorvidt AI-genererede værker kan få en ophavsretlig beskyttelse. Endvidere vil der blive set på, om mennesker kan kræve ophavsret for sådanne værker, og i så fald om hvem disse rettigheder kan tilfalde.

Del 5: I denne del vil der blive analyseret, om en AI genereret værk, kan krænke andres rettigheder.

6: Her vil der blive givet et svar på fremstillingens problemformulering

2 Hvad er en AI

I dette kapitel vil der ses på hvad en AI er. En AI er simpelthen et computerprogram med den forskel, at den har evnen til at kunne tænke, lære og tage beslutninger mere individuelt fremfor en computer. AI-systemer er mere menneskelig tænkende i forhold til traditionelle computere¹⁷.

Dog er det således, at kunstig intelligens kan fungere på flere måder. En AI kan udvise forskellige grader af autonomi, hvilket betyder, at den i sin helhed kan være mere og mere uafhængig af en person. Man skelner derfor mellem to former for AI hvilket er den svage og den stærke form.

2.1 Stærk/svag AI og Machine learning

Svage AI-systemer er systemer der blot kan efterligne visse træk i forhold til menneskelig tænkning¹⁸. Den tager færre autonome valg og man vil kunne få en bedre mulighed for at kunne dirigere den i forhold til hvad den skal gøre, selvom den sorte boks problematik også er gældende for denne type

¹⁷ <https://www.etiskraad.dk/etiske-temaer/optimering-af-mennesket/homo-artefakt/leksikon/kunstig-intelligens>

¹⁸ <https://www.etiskraad.dk/etiske-temaer/optimering-af-mennesket/homo-artefakt/leksikon/kunstig-intelligens>

af AI¹⁹. Modsat har de stærke AI-systemer den næsten den samme dybde og som et rigtigt menneske har²⁰. Dog er disse AI-systemer ikke noget der eksisterende i nutidens teknologi. Dens beslutningsproces er nemlig noget der er fuldstændig uigennemskueligt af et menneske, og man vil på ingen måder have chancen for at kunne vide, om hvorfor den agere som den gør, eller hvorfor den er noget frem til et bestemt resultat under dens generering²¹. Endvidere er det der adskiller sig fra en traditionel computer er, at en AI har en evne til at lære og danne nye ramme på egen hånd. Dette er Machine learning. Machine learning er når en AI lærer at finde mønstre i store mængde data den får tilført baseret på en blanding af algoritmer og statistik. Den kan derfor finde løsninger til komplekse problemer og endvidere kan den gennem de data den får danne nye eksempler²². For at en AI kan virke optimalt har den brug for en stor mængde data, som den via dens Machine learning kan oplæres til at danne noget helt tredje²³. Med andre ord kan siges, er data til dennes input benzinen til at en AI kan virke efter hensigten.

2.2 Sorte boks

Problematikken med den sorte boks er, at det skaber en manglende evne for mennesket at forstå dennes beslutningsproces samt at kunne forudsige dennes beslutninger eller det output den genererer. Man kan dermed kun forstå det der kommer ind i den i form af input og det der kommer ud i form af output, men ikke om hvad der foregår inden i selve systemet²⁴.

2.3 AI og IP – Den retlige status

I og med at fremstillingen beskæftiger sig med AI, vil det være hensigtsmæssigt at se på, om det kan anses for at være et selvstændigt begreb i den danske lovgivning. I *"bekendtgørelsen af lov om*

¹⁹ Bathaee (2018) S.905

²⁰ <https://www.etiskraad.dk/etiske-temaer/optimering-af-mennesket/homo-artefakt/leksikon/kunstig-intelligens>

²¹ Bathaee (2018) 905-906

²² https://di.ku.dk/ominstituttet/jubilee/dikus_jubilaemsskrift/11.Machine_learning.pdf s. 92-93

²³ <https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/english/ai-and-privacy.pdf> s. 6

²⁴ Bathaee (2018) 904-909

teknologi og innovation”, hvis formål er at fremme teknologiudvikling og innovation i erhvervslivet²⁵, kan der ikke decideret udledes hvad betegnelserne ”teknologi” og ”innovation” indebærer. Hvis man tager udgangspunkt i at ”teknologi” og ”innovation” er brede begreber, kan det formodes det også vil rumme AI, men på den anden side kan der argumenteres for, at begrebet AI ikke kan blive brugt i den danske lovgivning, hvorfor der er et ønske om en teknologineutral lovgivning, så man kan være sikker på, at lovgivningen ikke regulerer brugen af en bestemt teknologi, da dette vil give en risiko for at den ville forældes²⁶. Endvidere er robotteknologi ikke blevet anerkendt som et retssubjekt i forhold til Europa-Parlamentets beslutning i 2017²⁷.

Da analysen bliver foretaget i henhold til den nuværende lovgivning i Danmark og i EU, er det således hensigtsmæssigt at se på, om nuværende love og regler kan rumme behandling af AI-teknologi. Europa-Parlamentet har taget stilling til spørgsmål, der kan opstå i forbindelse med robotteknologi. Parlamentet har, med sin beslutning d.16 februar 2017 med henstillinger til kommissionen om civilretlige bestemmelser om robotteknologi, besluttet:

”...at der ikke findes ²⁸ juridiske bestemmelser, som specifikt gælder for robotteknologi, men at de gældende retlige ordninger og doktriner uden videre kan anvendes på robotteknologien selv om visse aspekter synes at kræve særlig opmærksomhed...”²⁹

I den afsluttende sætning af det anførte citat –”*selv om visse aspekter synes at kræve en særlig opmærksomhed*”, indebærer dette at kommissionen opfordres til at reflektere over, om nogle aspekter, i forhold til robotteknologi, kan kræve en regulering af lovgivningen. Dette er et *de lege*

²⁵ Bekendtgørelsens § 1 stk.1

²⁶ Aftale om digitaliseringsklar lovgivning s. 3- Digitaliseringsstyrelsen

<https://digst.dk/media/19923/digitaliseringsklar-lovgivning2.pdf>

²⁷ Civilretlige bestemmelser om robotteknologi – Europa Parlamentets beslutning d. 16 februar 2017

²⁸ Dette citat er under punktet for intellektuelle ejendomsrettigheder, hvorfor selve citatet referere til immaterialretten

²⁹ Civilretlige bestemmelser om robotteknologi – Europa Parlamentets beslutning d. 16 februar 2017 , https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_DA.html

ferenda spørgsmål, som ikke er genstand for denne fremstilling. Udgangspunktet vil heri blot være, om hvorvidt AI relaterede problemstillinger kan imødekommes på baggrund af reguleringen i de nuværende lovgivninger og andet retsgrundlag.

3 Ophavsretten

3.1 Ophavsrettens bagvedliggende hensyn

Hvis man ser på ophavsretsloven, vil det kunne ses, at nogle af de formål ophavsretten indebærer, direkte kan udledes af lovens § 1, der først og fremmest har til formål at give rettigheder til den, der skaber et værk. Nogle af hensynene kan udledes direkte af loven, mens andre ikke er nemme at finde. Her bør der dykkes ned i forarbejderne eller andre retsregler i systemet. Ophavsretsudvalget påpeger selv, at ophavsretslovgivningen og andre retsregler "*...er kompliceret og er sjældent i ro*"³⁰

Som det fremgår af lovens § 2 og § 3, består rettighederne, der tildes både af økonomiske og ikke-økonomiske rettigheder. Hensynene til enerettighederne er dermed baseret på henholdsvis samfundet og selve individet bag værket. På den ene side fokuserer man på selve samfundet i overensstemmelse med det såkaldte incitamentshensyn, hvor man har haft til hensigt at imødekomme samfundets kulturelle interesser ved at øge den kulturelle produktion på baggrund af at der skabes litterære og kunstneriske værker³¹. Og på baggrund af dette har man, i overensstemmelse med det såkaldte berigelseshensyn, haft til hensigt at øge incitamenterne til at skabe litterære og kunstneriske værker ved at tildele ophavsmanden rettigheden til at kunne få økonomiske gavn ud af de værker den skaber, og på den måde lade ophavsmanden være "herre" over eget arbejde. Man har endvidere givet ideelle rettigheder i form af, at vedkommendes ære og personlige interesser skal respekteres og beskyttes.³²

³⁰ Betænkning (nr.1480) s. 56

³¹ Betænkning (nr.1480) s. 100

³² Betænkning (nr.1480) s. 100

3.2 Retsgrundlaget

3.2.1 International ophavsret

Det vil måske ikke være forkert at sige, at immaterialretten er noget af den mest internationale form for jura. Dette kan eksempelvis ses ud fra, at der allerede før det 19.århundrede er blevet igangsat tiltag for at effektivisere retsbeskyttelsen af de rettigheder, som udløses af immaterialretten. I forhold til denne fremstilling, herunder ophavsretten, er de tiltag, der er foretaget på internationalt plan, kendt som *Bernerkonventionen*, som er blevet indgået i 1886³³. Bernerkonventionen er endvidere suppleret med WIPO Copyright Treaty 1996, hvis formål har været at understrege, at ophavsretten også kunne omfatte blandt andet databaser og teknologi. Danmark tiltrådte denne i 2010³⁴.

Danmark har tiltrådt Bernerkonventionen og været medlem af denne siden 1903³⁵ og har endvidere ratificeret alle ændringer til Bernerkonventionen. Et af Bernerkonventionens hovedprincipper er at stille mindstekrav til de konventionsindtrædende landes nationale lovgivninger, eksempelvis i form af beskyttelsestiden og at ophavsretten skal fortjenes uden formalitetskrav. Derudover skal de ophavsretlige regler i nationallandene gælde for deres egne borgere, uden at der sker forskelsbehandling på baggrund af territorialitetsprincippet³⁶.

3.2.2 EU-ret

I forbindelse med at Danmark er medlem af EU, har EU-retten en væsentlig betydning for dansk ret. Danmark skal gøre sin del af arbejdet for at imødekomme de mål, der bliver fastsat i forbindelse et "direktiv" også kaldet en retsakt³⁷. Man har gennem sådanne retsakter prøvet at harmonisere ophavsretten. Harmonisering betyder, at en del af loven skal fortolkes EU-retligt. Et eksempel er oprettelsen af Infosoc-direktivet³⁸, som regulerer rettigheder til spredning og eksemplar fremstilling,

³³ Schovsbo mf. (2014) s. 53

³⁴ Schønning (2016) s. 93

³⁵ Larsen (2019) s. 57

³⁶ Schovsbo mf. (2014) s.56

³⁷ Blume (2011) s. 44

³⁸ EU-Direktiv 2001/29 af 22/05/2001

hvor den dermed vedrører harmoniseringen af visse aspekter af ophavsretten³⁹. I forbindelse med at EU består af flere medlemsstater, skal EU-harmoniseringen fortolkes som ønsket om at styrke samarbejdet mellem medlemsstaterne og det indre marked. I forhold til fremstillingens problemformulering er softwaredirektivet⁴⁰, beskyttelsesdirektivet⁴¹ og databasedirektivet⁴² især vigtig, hvorfor disse harmoniserer ophavsretten, og deres bestemmelser angående originalitet er særlig relevans i forhold til originalitet.

3.2.3 Dansk ophavsret

På nuværende tidspunkt er den ophavsretlige beskyttelse af litterære- og kunstneriske værker reguleret i LBK nr. 1144 af 23/10/2014, også kaldt ophavsretsloven og gælder på dansk territorium⁴³. Loven er baseret på den første danske ophavsretslov fra 1961, som er et resultat af et fællesnordisk samarbejde, betænkninger og en række EU-direktiver⁴⁴. I forhold til forståelsen af de ophavsretlige problemstillinger i relation til AI, findes det nødvendigt med en retlig beskrivelse af ophavsrettens beskyttelsesområde med udgangspunkt i ophavsretsloven. I forhold til at løse problemstillingerne i fremstillingen er forarbejderne og EU-direktiver vigtige fortolkningsbidrag til reglerne i ophavsretsloven, og er i stort omfang nødvendige, dels fordi fremstillingen omhandler et område, hvor retspraksis på dansk ret, i forhold til behandlingsområdet, ikke er begribeligt. Ophavsretten er ikke lukket for teknologi og er præget af den hastige udvikling inden for dette. Dette kan bla. ses ved indførelsen af edb-programmer som beskyttet værk i 1989 ved lov nr. 378 af 07/07/1989.

³⁹ Larsen (2019) s.58

⁴⁰ Direktiv 2009/24/EF af 23/04/2009

⁴¹ Direktiv 2006/116/EF af 12/12/2006

⁴² Direktiv 96/9/EF af 11/03/1996

⁴³ Schovsbo mf (2014) s.71

⁴⁴ Schovsbo mf (2014) s.71

3.3 Retserhvervelsen

Til forskel for de andre beskyttelsesområder inden for immaterialretten, er retserhvervelsen i ophavsretten formløs, hvilket vil sige, at der ikke børe laves nogen ansøgninger og ophavsmanden skal ikke registreres nogen steder, hvorfor retten tilkommer vedkommende automatisk efter at have skabt og frembragt et værk⁴⁵. Denne rettighed varer indtil 70 år efter ophavsmanden død jf. OPHL § 63.

3.4 Beskyttelsens objekt

Ophavsretten er en eneret hvor dennes primære beskyttelsesområde er litterære- og kunstneriske værker jf. ophavsretsloven § 1 stk.1. Ophavsretten tilkommer den, der har frembragt værket og denne betegnes for at være ophavsmanden⁴⁶. Så snart ophavsmanden skaber et værk, opstår den ophavsretlig beskyttelse med den betingelse, at værket er frembragt. Det er et grundlæggende princip i ophavsretten, at værker, der fremgår som en idé hos ophavsmanden, ikke udløser beskyttelse og derfor skal værket være frembragt på sådan en måde, at der skal være tale om en manifestation, der gør det muligt for andre at opleve værket⁴⁷.

For at retten til ophavsretten kan opnås skal to grundlæggende betingelserne være opfyldte. Disse to grundbetingelser er, at værket skal, som det første, kunne karakteriseres som et litterært eller kunstnerisk værk. Derudover skal det også være *originalt*⁴⁸.

3.4.1 Kravet til litterære og kunstneriske værker

Ophavsretten kendetegnes ved at beskytte litterære og kunstneriske værker, og den vil udløse beskyttelse, såfremt værket er frembragt som et litterært eller kunstnerisk værk jf. § 1 stk.1. Der fremgår ikke decideret af bestemmelsen om, hvad et værk kan karakteriseres som. Som det kan udledes af lovteksten i § 1 stk.1. "... eller det er kommet til udtryk på en anden måde", er

⁴⁵ Schovsbo (2014) s. 75

⁴⁶ jf. Ophavsretsloven § 2

⁴⁷ Rosenmeier (2001) s. 59

⁴⁸ C-310/17, præmis 35-41 og Schovsbo (2014) s. 76

bestemmelsens opregning af forskellige værksarter ikke udtømmende, hvorfor det blot er nogle værkstyper, som er opregnet for at identificere dens beskyttelsesområde⁴⁹.

Heller ikke Bernerkonventionen opremser en udtømmende liste over, hvad værker decideret kunne være. I Bernerkonventionen art. 2 nr.1. bestemmes det, at " *Udtrykket »litterære og kunstneriske værker« omfatter enhver frembringelse på det litterære, videnskabelige og kunstneriske område, uanset udtryksmåden eller udtryksformen*"⁵⁰. Bernerkonventionen eksemplificerer blot, hvad der kan udgøres som et værk. Bernerkonventionen giver dermed en bred forståelse i forhold til hvad, der kan karakteriseres som et værk og fritstiller dermed de konventionsindtrædende lande til selv at fortolke hvilke værker, der kan være genstand for en ophavsretlig beskyttelse.

Der kan dog på baggrund af ordlyden af § 1 stk.1 tænkes, at ophavsretten er en teknologineutral enerettighed, hvorfor den kun beskytter litterære og kunstneriske værker, hvilket ikke er tilfældet. Lige såvel som litterære kunst, i form af malerier og billedkunst eller litterære værker i form af sprogværker såsom digte og bøger, beskytter ophavsretten også edb-programmer med hjemmel i softwaredirektivet.

3.4.2 Originalitetskravet

Da kravet er, at en frembringelse skal være udtryk for et litterært eller kunstnerisk værk, skal frembringelsen også opfylde kravet om originalitet for at nyde ophavsretlig beskyttelse. Ordet "originalitet" er ikke noget, der udtrykkeligt står i ophavsretsloven. Da ophavsretsloven beskytter "værker", kan ordet originalitet også udledes af denne, da ordet "originalitet" også beskrives som et "værkshøjdekrav" i dansk ret. Schønning beskriver værkshøjdekravet som værende en "*betegnelse for at kravene til en litterær eller kunstnerisk frembringelse, for at frembringelsen kan anses som et værk i ophavsretslovens forstand*"⁵¹.

⁴⁹ Schovsbo (2014) s. 87

⁵⁰ Bernerkonventionen art. 2 stk.1

https://www.retsinformation.dk/eli/ltc/1981/112?fbclid=IwAR3p3L5sFMH8KCGT_DOpEsb1EHihf-AJ3qPi5ILAPS7graAe45fNHIT4NA

⁵¹ Schønning (2016) s. 120

I originalitetskravet ligger først og fremmest, at værket skal have sådan en tilknytning til skaberen, at man, uden at være i tvivl, kan gå ud fra, at skaberen har skabt dette værk. I forhold til originalitetskravet siger Lund, at "*ophavsmandens egen art normal skal give sig udtryk i værket*"⁵². Dette kan præciseres på baggrund af det som Rosenmeier og Schovsbo anfører - at originalitetskravet kan opstå i form af at værket er ophavsmandens "*personlige skabende indsats*"⁵³. Forarbejderne anfører, at for at der kan være tale om et værk, stilles kravet om "*hvis nyhed og selvstændighed*"⁵⁴

Ordene "intellektuel" og "personlig" er ret essentielle i forhold til at bedømme, om der ligger originalitet. Dog er det ikke nok, at værket udelukkende er skabt på baggrund af ophavsmandens "intellektuelle" eller "personlige" indsats - originalitetskravet indebærer også, at ophavsmandens indsats til at skabe et værk, skal indeholde en eller anden form for kreativitet, hvilket vil sige, at originaliteten og beskyttelsen finder sted, når ophavsmandens personlighed afspejler sig i ophavsmandens kreativitet, når denne skaber et værk⁵⁵. Det kan eksemplificeres ved at give en mere dybdegående forståelse for originalitetskravet således, at f.eks. rene kopier ikke kan være noget, der kan anses for at være skabt af en ophavsmand, idet skabelsen af kopier kun rummer en identisk efterlignelse, og den kreative og selvstændige indsats, der bliver forlangt for at opnå originalitet, kan ikke siges at være på tale i dette tilfælde. Det er derfor i forlængelsen af dette ikke tilstrækkeligt, at man blot har udvist en ren "rutinemæssig" indsats⁵⁶. Grunden til dette må være, at sådan en tilblivelse ikke kræver noget personlig skabende indsats.

3.4.2.1 Påvirkning fra EU

Definitionen af originalitetskravet er også at finde i EU-retten, specifikt i tre EU-retlige direktiver. I databasedirektivets art. 3, stk. 1⁵⁷, softwaredirektivets art. 1, stk.3⁵⁸ og beskyttelsesdirektivets art. 6⁵⁹, bliver det understreget, at originalitetskravet alene er baseret på "*ophavsmandens egen*

⁵² Lund (1961) S. 51

⁵³ Schovsbo mf. (2014) s. 76

⁵⁴ FT 1959-60, Tillæg A, s. 2683

⁵⁵ Larsen (2019) s.81

⁵⁶ Rosenmeier (2001) s. 92

⁵⁷ Direktiv 96/9/EF af 11/03/1996

⁵⁸ Direktiv 2009/24/EF af 23/04/2009

⁵⁹ Direktiv 2006/116/EF af 12/12/2006

intellektuelle frembringelse”. Følgelig skal der ikke bæres præg af, at disse direktiver kun omhandler afgrænsede områder som databaser, fotografier og software. Det skal anses for at være ment som et generelt EU-retligt princip i forhold til definitionen af originalitetskravet⁶⁰. Originalitetskravet er således harmoniseret i EU, og EU-domstolen har i flere afgørelser testet originalitetskravet. Originalitetskravet er især testet i den berømte EU-dom C-5/08 Infopaq, hvor det er blevet understreget, at ophavsretten kun finder anvendelse, hvis et værk er originalt i den forstand, at det er *”ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse”*⁶¹.

Da retserhvervelsen i ophavsretten er formløs, spiller originalitetskravet en stor betydning i forhold til, om der kan tildeles beskyttelse eller ej. Hvad der decideret ligger i betegnelsen, er der ikke et entydig svar på, og selvom originalitetskravet er et af det mest fundamentale og vigtige principper i ophavsretten, er den på den anden side også et af de principper, der er mest indviklet. Der kan hverken ud fra Bernerkonventionen eller TRIPS-aftalen udledes, om kravet for en ophavsretlig beskyttelse skal være betinget af originalitet eller kreativitet. De basale ophavsrettigheder Bernerkonventionen har haft til hensigt er at give beskyttelse for blandt andet ophavsmændenes intellektuelle kreationer. Dette kan udledes af konventionens artikel 2.nr.5, der indeholder denne formulering:

*” Collections of literary or artistic works...which, by reason of the selection and arrangement of their contents, constitute intellectual creations shall be protected as such...”*⁶².

Der kan dermed godt argumenteres for, at der igennem de nævnte direktiver bliver givet en udvidende præcisering af kravet *”intellectual creations”* i art. 2 nr.5 i Bernerkonventionen, og dette argument finder endvidere støtte gennem EU-domstolen, der slår fast i C-5/08 Infopaq, at den *”intellektuelle frembringelse”* kan udledes på baggrund af Bernerkonventionens artikel 2.nr.5⁶³.

⁶⁰ Larsen (2019) s. 58

⁶¹ Sag C-5/08 præmis 37

⁶² Bernerkonventionen art. 2 nr.5

https://www.law.cornell.edu/treaties/berne/2.html?fbclid=IwAR3HEBt-0a-q-G96cbAtmKTumqXPEZC9r4Q0L42up_AFMKGszJyw0gynZKY

⁶³ Sag C-5/08 præmis 34

3.4.2.1.1 Vurderingsmomenter i forhold til originalitetskravet

Ud fra det ovennævnte drøftelser er det bekræftet, at originalitetskravet er baseret på en personlige, intellektuel og åndelig tænkende indsats knyttet til de valg, som foretages i frembringelsesprocessen. Dog vil det være hensigtsmæssigt at identificere relevante momenter i forhold til vurderingen af originaliteten, for at vurdere om værker, der er genereret af AI, kan opnå en tilstrækkelig originalitet i ophavsrettens forstand. Da disse momenter ikke direkte kan udledes af loven og forarbejderne, vil det være hensigtsmæssigt at dykke ned i retspraksis herunder især EU-retspraksis.

3.4.2.1.2 Graden af indsats

Som også nævnt for oven, er originalitetskravet noget man sidestiller med den personlige, åndelige og intellektuelle indsats. Pointen er, at det er selve processen i skabelsen i et værk der er afgørende og ikke den investering og graden af det arbejde man har tillagt værket er derfor ikke afgørende. Dette er bla. præciseret i en dom fra EU-domstolen C-604/10, hvor dygtighed og indsats i form af et decideret stykke arbejde ikke har en betydning for vurderingen af originaliteten på et værk⁶⁴. Dette er endvidere noget der også kan udledes af generaladvokatens udtalelse til EU-dommen C-310/17. Generaladvokaten udtaler nemlig, at ” *et betydeligt arbejde og en betydelig kunnen fra ophavsmandens side, ikke som sådan kan begrunde, at den er beskyttet af ophavsretten*”⁶⁵.

3.4.2.1.3 Dobbeltfremskabelslæren, valgfrihedslæren og begrænsninger

Som nævnt ovenfor kan originalitetskravet, i nogle tilfælde, være svær at gennemskue. Derfor kan man benytte sig af den såkaldte dobbeltfremskabelslære, som Mads Bryde Andersen også kalder for en ”tommelfingerregel”⁶⁶ i forhold til at vurdere, om et givent værk opfylder originalitetskravet. Denne ”tommelfingerregel” går ud på, at det vil trække i retning af originalitet, såfremt det er usandsynligt, at et værk kunne have været skabt af flere ophavsmand uafhængigt af hinanden. I det generelle ophavsretlige princip må der ikke være risiko for dobbeltkabelser, hvorfor der ikke kan og

⁶⁴ Sag C-604/10 Præmis 42

⁶⁵Wathelet (2018) S. 9

⁶⁶ Andersen (2005) s. 295

må opnås ophavsret for et værk, der er frembragt af en anden og det vil dermed tale imod originalitet, hvis der er risiko for dobbeltskabelser⁶⁷.

Kriterieriet er blevet slået fast i den såkaldte Tips-dom⁶⁸ angående ophavsret til tipssystemer, hvor en forhandler af et bestemt tipssystem påstod at have ophavsretten til denne, som vedkommende mente var krænket af en anden forhandler. Den anden forhandler var ikke enig og bestred at tipssystemet overhovedet havde værkshøjde. Retten kom på baggrund af søn- og skønserklæring frem til, at tipssystemet ikke havde værkshøjde og dermed ikke nød ophavsretlig beskyttelse med den begrundelse, at de grundlæggende metoder og ideer var så enkle, at to uafhængige konstruktører, med stor sandsynlighed, kunne nå frem til det samme tipssystem⁶⁹.

Dog skal det bemærkes, at dobbeltfremkabelseslæren ikke udelukker værker fra beskyttelse, såfremt der allerede eksisterer værker, der er magen til. Hvis man skaber værket selv og dermed ikke efterligner andre, kan man dermed godt opfylde originalitetskravet, selvom værket i princippet er magen til, eller har væsentlige ligheder med et andet værk. Dette skyldes, at ophavsretten ikke er en prioritetsbeskyttelse, hvorfor der i ophavsretten blot er tale om et nyhedskrav, hvilket vil sige, at der kun kan opstå krænkelssituation såfremt man efterligner andre bevidst. Det er derfor tilstrækkeligt, at ophavsmanden yder en selvstændig indsats på sådan en måde, at værket bliver skabt uafhængigt af andre værker⁷⁰. Dette begrundes ved, at ophavsmanden skal have mulighed for at kunne træffe frie valg ved skabelsen af et værk, som kan være afgørende for ophavsretten⁷¹. Hvis ikke dette var tilfældet, kunne der opstå risiko for dobbeltskabelser, selvom to ophavsmænd frembringer værker uafhængigt af hinanden, selvom de principper individuelt træffer frie valg.

Ophavsmandens ret til at træffe frie valg ved skabelse af et værk er også noget, der bliver understreget i EU-retspraksis. I EU-dommen C-145/10 er det slået fast, at en intellektuel frembringelse er noget der er ophavsmandens egen når "*den afspejler hans personlighed*"⁷² ved det tilfælde, at "*ophavsmanden har kunnet udtrykke sine kreative evner ved frembringelsen af værket på*

⁶⁷ Schovsbo mf (2014) s.84

⁶⁸ U.1993.17H

⁶⁹ U.1993.17H s. 9

⁷⁰ Rosenmeier (2001) s. 91-92

⁷¹ Rosenmeier (2001) s. 132

⁷² Sag C-145/10 præmis 88

*grundlag af frie og kreative valg*⁷³, som henviser til sag C-429/08, hvorfor der kan argumenteres for, at sag C-145/10 er en udvikling af denne, da de frie valgmuligheder for kreativitet kun fremgår udfoldet⁷⁴. Sag C-145/10 er senere hen blevet anerkendt gennem sag C-604/10, som lægger til grund for, at kravet for originalitet er imødekommet når *"når ophavsmanden gennem udvælgelsen eller struktureringen af de data, som databasen indeholder, på original vis udtrykker sine kreative evner ved at foretage frie og kreative valg"* og *"og dermed sætter sit »personlige præg"*⁷⁵.

Dette viser dermed, at den kreative frihed er en væsentlig i forhold til bedømmelsen af opfyldt originalitetskrav. Hvis selve frembringelsen af et værk er underlagt noget, der begrænser ophavsmanden i at træffe frie og kreativ, kan det næppe accepteres som en tilstrækkelige åndelig indsats som ophavsretten forlanger. I dommen C-429/08 angående retten til videresendte kampe kommer EU-domstolen frem til, at sportsbegivenheder ikke kan anses for at være intellektuelle frembringelser, og især fodboldkampe, der begrænses af spillereglerne, som ikke giver plads til kreativ frihed i ophavsrettens forstand⁷⁶. Dette præciseres også i dommen C-604/10, at originaliteten ikke vil finde sted, når databasens tilblivelse er baseret på tekniske hensyn, regler og begrænsninger⁷⁷.

3.4.2.1.3 Sammenstilling af elementer

Et vigtigt moment, i forhold til at vurdere om der er tale om originalitet i et værk, vil være at se på muligheden for, at man systematisk kan sammenstille et eller andet værk. Det fremgår nemlig af OPHL 5 at,

*"Den, som ved at sammenstille værker eller dele af værker frembringer et litterært eller kunstnerisk samleværk, har ophavsret til dette, men retten gør ingen indskrænkning i ophavsretten til de enkelte værker"*⁷⁸.

⁷³ Sag C-145/10 præmis 89

⁷⁴ Sag C-429/08 præmis 97

⁷⁵ Sag C-604/10 præmis 38

⁷⁶ Sag C-429/08 præmis 98

⁷⁷ Sag C-604/10 præmis 39

⁷⁸ Ophavsretsloven § 5

Der findes to typer af ophavsretlig beskyttede sammenstillinger. Den ene er, hvor forskellige dele af beskyttede værker sammenstilles til værk som kan få beskyttelse i forhold til OPHL § 5. For det andet kan man sammenstille enkelte elementer af værker, der ikke er beskyttede, hvor det dog er den konkrete helhed der får beskyttelsen⁷⁹. Dog kan de værker næppe være en beskyttelse i forhold til § 5, men derimod kan der opkræves en beskyttelse efter §1 i ophavsretsloven.⁸⁰

Om der er tale om en beskyttelse efter § 5 eller §1, vil der altid kunne være tale om beskyttelse i forhold til den måde, de forskellige elementer i sammenstillingen er udvalgt eller arrangeret på⁸¹. Dette er et vigtigt moment i forhold til at kunne statuere værkshøjde, hvorfor det findes nødvendigt at eksemplificere dette med et eksempel Rosenmeier har lavet:

” En forlægger udgiver en skolebog, der indeholder 50 noveller og digte, der er omhyggeligt udvalgt, så de alle sammen afspejler et bestemt litterært tema. Novellerne og digtene står i bogen i alfabetisk orden. Der ligger her ikke noget originalt i selve sammenstillingen, fordi den er alfabetisk. Derimod ligger der noget originalt i udvælgelsen. Skolebogen er derfor et beskyttet samlewerk”⁸²

Dette moment er også noget, der har sin plads EU-praksis i forhold til vurderingen af originalitetskravet. I forhold til originalitetskravet præciserer domstolen at, *”Det er først i kraft af valget, placeringen og kombinationen af disse ord, at ophavsmanden kan udtrykke sin kreative ånd på en original måde og skabe et resultat, der har karakter af en intellektuel frembringelse”⁸³.*

Endvidere i sag C-604/10, der drejer som om beskyttelse af databaser, hvor dennes originalitetskrav er reguleret i databasedirektivets art.3, knytter originalitetsvurderingen sig specifikt til udvalg og strukturering af databasens indhold. I forhold til dommen er det derfor fastlagt, at udvælgelse og strukturering kan udgøre værkshøjde⁸⁴.

⁷⁹ Rosenmeier (2018)s. 60-63

⁸⁰ Rosenmeier (2018) s. 60-63

⁸¹ Rosenmeier (2018) s. 60-63

⁸² Rosenmeier (2018) s. 63, eksempel 2

⁸³ Infopaq præmis 45

⁸⁴ C-604/10 præmis 45

3.5 Ophavsrettens indhold

3.5.1 Eneretten

Som nævnt før er ophavsretten en enerettighed. Denne eneret er funderet på to rettigheder, der gives til ophavsmanden. Det er de såkaldte økonomiske og ikke-økonomiske rettigheder (også kaldet ideelle rettigheder).

De økonomiske rettigheder tager hensyn til ophavsmandens økonomiske interesser, hvorimod de ikke-økonomiske rettigheder tager udgangspunkt i ophavsmandens personlige interesser. Disse rettigheder er vigtige, især i henhold til de mange forfattere og kunstnere, der bruger meget lang tid på deres værker.

3.5.1.1 Økonomiske rettigheder

Det er vigtigt at slå fast, hvilke former for rettigheder ophavsretten tildeler. De økonomiske rettigheder er en formuerettighed og dermed overdragelige. De skabte værker kan af den grund ikke benyttes uden samtykke fra ophavsmanden⁸⁵. Rettigheden giver dermed ophavsmanden det frie rum for at kunne bruge sine værker i et økonomisk henseende og dermed kræve vederlag fra rettighedserhververen ved at give tilladelse til at bruge værket, samt retten til at tilgængeliggøre sit værk i form af eksemplar fremstilling, visning eller fremføre værket for offentligheden⁸⁶.

Offentlig tilgængeliggørelse

Eneretten til at gøre sit værk tilgængelig i offentligheden er en ret, der kun tilkommer ophavsmanden. Denne ret indebærer, at der gives lov til at tilgængeliggøre sit værk i offentligheden i form af eksemplarspredning, visning eller fremførelse. Når det er sagt, er det derfor ikke muligt for ophavsmanden at tilgængeliggøre sit værk i den private sfære, dog kun hvis tilgængeliggørelsen vedrører nært slægtede familie, som man har et personligt bånd til. Dette kunne også være venner og andre bekendte⁸⁷.

⁸⁵ Schønning (2016) s. 153-154

⁸⁶ Schønning (2016) s. 154-155

⁸⁷ Schønning (2018) s. 158

Eksemplar fremstilling

Ophavsmanden kan gøre brug af sin ret til at eksemplar fremstille sit værk for eksempel ved at masseproducere sin skrevne bog og derved opnå en fortjeneste gennem salg eller udlån. I henhold til lovens § 2, stk.2 fremgår det, at ved eksemplar fremstilling forstås enhver direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent, samt hel eller delvis eksemplar fremstilling på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form. I forlængelse af dette er der dog ingen krav til at eksemplar fremstillingen skal tilgængeliggøres for almenheden - blot det at fremstille et eksemplar i sig selv vil være nok til eneretten⁸⁸. Eksemplar fremstillingen kan også være på tale, når der er ændret form i værket og det er dermed ikke kun ensartede gengivelse af værket, der kan være på tale. Med andre ord er eksemplar fremstillingen ikke kun baseret på det "originale" værk, ophavsmanden har skabt⁸⁹.

3.5.1.2 Ideelle rettigheder

Ophavsmandens ideelle rettigheder er beskyttet i lovens § 3. I henhold til de ideelle rettigheder bliver det for ejeren muligt at fremhæve sig selv i forhold til dens navn og ære. De såkaldte ideelle rettigheder tager højde for det følelsesmæssige bånd, forfattere ofte kan have til sit arbejde og denne rettighed bliver også kaldt for "droit moral"⁹⁰. Denne rettighed er opdelt i form af; retten til faderskab og retten til respekt. Til forskel for de økonomiske rettigheder, kan de ideelle rettigheder kun overdrages i et begrænset omfang og en aftale om en generel overdragelse vil dermed ikke være anset for gyldig⁹¹. Dog er rettigheden til overdragelse som sagt "begrænset", hvilket godt kan lade sig at gøre på et gyldigt grundlag, eksempelvis når det aftales, at der bliver ændret i værket til et bestemt formål⁹².

Faderskabsretten

Det der decideret ligger i faderskabsretten er, at ophavsmanden har, når der er tale om fremstilling af eksemplarer af dennes værker, eller når dennes værker på en anden måde bliver tilgængeliggjort

⁸⁸ Schønning (2018) s.157

⁸⁹ Schønning(2018) s. 157-158

⁹⁰ Schønning(2018) s. 199

⁹¹ Schønning(2018) s. 214

⁹² Schønning(2018) s. 214

for offentligheden, ret til at få sit navn nævnt jf. OPHL § 3.stk.1. Dog kan dette kun ske på baggrund af de situationer, hvor god skik kræver det. Det er en skønsmæssig vurdering, om hvad god skik decideret indebærer og det må derfor blive vurderet fra sag til sag. Det afgørende vil altså være, hvad den sædvanlige kutyme er på et bestemt område og om denne kutyme er acceptabelt⁹³. Der blev i sagen U 2014.1739H, som handlede om at en programtrailer for TV-programmet "Vild med dans", slået fast, at man ikke behøvede at nævne komponistens navn i en trailer til tv-programmer, hvorfor det var af sædvanlig kutyme unødvendigt at kreditere "medvirkende" i form af komponister bag musikværker til trailere⁹⁴.

Respektretten

Respektretten er reguleret i OPHL § 3 stk.2 og indebærer, at et værk ikke må tilgængeliggøres for omverdenen på en måde, der ville krænke ophavsmanden. Med andre ord kan ophavsmanden forbyde at nogen gengiver værket til almenheden, hvis gengivelsen er på sådan en krænkende måde, at værket for eksempel gengives med pornografiske sammenhænge eller andre sammenhænge, der kunne støde og/eller fornærme ophavsmandens prestige og egenart⁹⁵. Krænkelsen kunne også ske på mange andre måder, eksempelvis i form af "ændringer" "beskæringer" eller "forkortelser" af værket. Et eksempel på sådan en krænkelse ses i dommen U 1997.975H, hvor det blev fundet krænkende, at DR havde vist en "beskåret" version af en amerikansk film i sådan et omfang, at der opstod uoverensstemmelser mellem billeder og dialog af filmen, hvorfor forståelsen og hensigten af filmen ikke kunne viderebringes til seerne⁹⁶. Dog er det således, at vurderingen af krænkelse af de ideelle rettigheder bliver foretaget på et objektive grundlag i dansk ret, hvor der i vurderingen ikke bliver taget til højde for, om ophavsmanden decideret har følt sig krænket, men derimod om vedkommende er krænket på et objektive grundlag.⁹⁷

⁹³ Schovsbo mf (2014) s. 195

⁹⁴ Schovsbo mf (2014) s.195

⁹⁵ Schovsbo mf (2014) s.197

⁹⁶ Schovsbo mf (2014) s.199

⁹⁷ Schovsbo mf (2014) s.199

3.6 Ophavsrettens subjekt

3.6.1 Ophavsmanden

Det kan nogle gange være svært at kunne identificere deciderede problemstillinger direkte fra lovgivningen, da lovens forståelse kan være af en kompleks størrelse. Definitionen på ophavsmanden, og hvem denne kan være, er ikke noget, der direkte kan udledes af ophavsretslovens bestemmelser. Det fremgår af ordlyden af OPHL § 1 stk.1 at *"Den, som frembringer et litterært eller kunstnerisk værk"*⁹⁸, opnår retten til værket og er dermed ophavsmanden. En naturlig forståelse af ordlyden tilsiger, at den som har gjort en opfindelse, er den som skal anses for at være ophavsmanden. Ifølge ordlyden af denne bestemmelse kan der dermed tages til grund for, at både fysiske og ikke fysiske personer i ligeså høj grad kan blive betragtet som ophavsmanden, idet ordet "den" i bestemmelsen er et ret åbent ord, som potentielt set kan bruges i stedet for noget hvilket som helst. Dette må ses i sammenhæng med ordet "frembringer" i bestemmelsens stk.1 og må knyttes sammen med frembringelsesprocessen. Dette taler dermed for, at frembringeren må være en, der har ydet en tilstrækkelig indsats for at opnå originalitet til sit værk. Som nævnt tidligere i fremstillingen kræves der, at den indsats der ydes for at fremme et værk, skal bære præg af skaberens personlighed. Der skal være en årsagsforbindelse mellem den, der skaber værket og selve værket. Derfor er det essentielt at dykke ned i forarbejderne, for at se hvem der kan karakteriseres for at være ophavsmanden.

Ophavsretsteamet i betænkning fra 1951 betegner ophavsmanden som værende "frembringeren" af værket og endvidere karakteriserer ophavsmanden som en, der selv er i stand til at kunne kontrollere og fastsætte sine økonomiske betingelser i form af hvor meget vedkommende kan og vil tjene på sine fremskabte værker⁹⁹. Forarbejderne påpeger yderligere, at værket skal være skabt på baggrund af et "selvstændigt natur" og dermed kan et værk kun anses for ægte, hvis den har et "intellektuelt" skabelse i sig¹⁰⁰. Dette er sidenhen videreført i forarbejderne, der understreger, at et værk kun kan tilblive, når der er tale om en "individuel, selvstændig og åndelig indsats" fra ophavsmandens side¹⁰¹. Hele essensen bag ophavsretten er nemlig, at der skal skabes værker, og disse værker er kun noget

⁹⁸ Ophavsretsloven § 1 stk.1

⁹⁹ Udkast til lov om ophavsrettens til litterære og kunstneriske værker, 1951 s. 98

¹⁰⁰ Udkast til lov om ophavsrettens til litterære og kunstneriske værker, 1951 s. 92

¹⁰¹ FT 1959-60, Tillæg A, s. 2685

der kan beskyttes hvis et menneske har lavet det. Derfor er det, ifølge forarbejderne, kun mennesket, der kan være i stand til at lave værker som er beskyttelige i ophavsrettens forstand, hvorfor den "åndelige og selvstændige indsats", som kræver en evne til at kunne tænke abstrakt, kun er noget et menneske kan besidde¹⁰². Der kan derfor næppe siges, at eksempelvis juridiske personer, dyr og alt andet, der betegnes som ikke-fysiske, har den "ånd" som kan gøre, at deres værker kan blive beskyttet.

Også i den juridiske teori, er der en decideret fast konsensus om, at ophavsmanden kun kan være et menneske. Lund siger helt tilbage i 1961, at ophavsretten "*kun kan opstå hos fysiske personer*"¹⁰³ og tilsvarende anfører Schönning, at "*det er en betingelse for beskyttelse efter OPHL § 1, at værket skal være menneskeskabt*"¹⁰⁴. Det essentielle i ophavsretten er derfor, at man blot skal være et menneske, og derfor er spørgsmålet, om man er myndig eller umyndig i forhold til ens alder eller psykiske tilstande, underordnede i ophavsretten beskyttelsessfære¹⁰⁵.

Dette er også lagt til grund i udenlandsk ret. En sag fra amerikanske domstole angående en abe, der ikke kunne få ophavsret til den selfie, som den har taget via en fotografers efterladte kamera, og spørgsmålet var derfor, hvem der havde ophavsretten til selfien. Denne dom vil være illustrerende i forhold til at understrege, at ophavsretten er noget, der kun er gældende for menneskelige frembringelser. Det er blevet præciseret og klargjort af *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit* at dyr er udenfor rækkevidden af ophavsretten og kan dermed ikke opnå ophavsret¹⁰⁶.

Ligeledes har aben, der benævnes 'Peter fra Borås', og som har frembragt malerier under pseudonymet "Pierre Brassaus", ikke formået at få ophavsretten for malerierne, da værket ikke er menneskeskabt¹⁰⁷.

Der kan på baggrund af forarbejderne og juridisk litteratur konstateres, at "ophavsmanden" er et udtryk, der kun kan tildeles mennesker, hvorfor det kun er mennesker, der kan besidde denne ånd

¹⁰² Udkast til lov om ophavsrettens til litterære og kunstneriske værker, 1951 s. 92

¹⁰³ Lund (1961) s. 56

¹⁰⁴ Schönning s. 106

¹⁰⁵ markedsret s. 80

¹⁰⁶ *Naruto v Slater* (2018) s. 17

¹⁰⁷ *Koktvedgaard* s. 102

på en selvstændig og skabende måde. Ophavsretsteamet bag betænkning fra 1951 og forarbejderne til ophavsretsloven, bruger ikke nogen steder i betænkningen og forarbejderne kraft på at benytte og understrege ordet "menneske" for derigennem at identificere, hvem ophavsmanden i realiteten kunne være. Hele bagtanken angående hvem ophavsmanden kan være, bliver nemlig indsnævret i ordene "selvstændig", "intellektuelle" og "åndelig". Det er nemlig kun os mennesker der på baggrund af vores intelligens og ånd, samt ved hjælp af vores kropsdele, kan skabe værker i ophavsrettens forstand.

4 Ophavsretlig beskyttelse af værker genereret af AI

4.1 Indledning

Dette kapitel vil belyse, hvorvidt en AI kan anses for at være ophavsmand og endvidere om værker, der er genereret af denne, kan opnå beskyttelse i forhold til ophavsretten.

Endvidere vil kapitlet analysere hvorvidt et menneske gøre sin personlige præg gældende på AI-genererede værker. Dette vil blive set i henhold til forskellige grader af autonomi fra AI-systemer. Der vil blive kigget på forskellige praktiske eksempler med henblik på at give en bedre forståelse. I forlængelsen af dette vil der gøres brug af forskellige grad af autonomi af AI-systemer med henblik på at give den bedst mulige diskussion angående mulighederne for, om et menneskes intellektuelle indsats kan udtrykkes gennem sådanne AI-genererede værker med det formål at opnå ophavsret. Diskussionen vil være sammenhængende med spørgsmålet angående ejerskab. Til at belyse dette kapitel vil det være behjælpeligt at kende til momenterne i forhold til vurderingen af, om værkshøjdekravet er opfyldt. Disse momenter, der er gennemgået tidligere i fremstillingen, vil i yderst omfang danne grundlaget for besvarelsen i kapitlet.

4.2 Kan AI anses for at være ophavsmanden og kan dennes genererede værker beskyttes?

For at besvare dette afsnit er det væsentligt at understrege, at kravet til et værk kan være beskyttelsesværdigt i ophavsretten er, at værket skal være skabt i overensstemmelse med originalitetskravet. Udgangspunktet for om AI-genererede værker kan beskyttes, bør derfor knytte sig til de momenter, der statuere originaliteten, som er blevet identificeret på baggrund af retspraksis tidligere i fremstillingen. I forhold til momenterne må det særligt være muligheden for at kunne træffe frie og kreative valg (valgfrihedslæren) i fremskabelsesprocessen, hvor disse valg bør resultere i en frembringelse, som afspejler sig i personligheden, der vil være vigtig¹⁰⁸. I Forlængelsen af dette

¹⁰⁸ Se afsnit om originalitetskravet

kan det argumenteres for, at det særligt vil være passende for vurderingen af værker, der er genererede af autonome AI, om de kan få beskyttelse, at momentet henviser til, at man ikke skal være bundet af valg, der er taget på forhånd.

Udviklingen af AI-teknologi får os til at befinde os i en ny verden, hvor vi også benytter os kommercielt af de værker, der er genereret af en AI. De produkter, der er genereret af en AI eksempelvis i form af musikuddrag og spil mm., har eller kan have en værdi i handel. I og med at AI er brugt som et værktøj til eksempelvis at skabe kunst for menneskelige forfattere/ejere gennem tiden, bevæger AI-teknologien sig hastigt i et område, hvor AI ikke kun hjælper med skabelsesprocessen, men derimod også generere værker relativt selvstændigt. I denne type af AI-frembringelser reduceres det menneskelige indsats til relativt mindre handlinger, såsom blot at trykke på start knappen af en AI-maskine eller levere datainput til den. I manglen af menneskelig indblanding i produktionen af output, som autonomt bliver genereret af AI-systemer, er spørgsmålet, om hvorvidt ophavsretten skal være gældende for sådanne AI-skabelser. Man kan af den grund spørge sig selv, om det værk, der er skabt af en AI, kan blive vurderet juridisk på samme måde, som hvis det var skabt af et menneske i henhold til det generelle ligebehandlingsprincip i EU. Dette grundet at AI er i stand til at efterligne væsentlige træk ved menneskelig tænkning og kan potentielt set generere værker af samme art og kvalitet, ligeså vel som et menneske kan. Spørgsmålet er, om AI-genereret værker, der i princippet ikke kan skelnes fra det værker et menneske har lavet, bør modtage beskyttelse, hvis værket potentielt set kunne beskyttes, hvis et menneske lavede det. Det er nemlig slået fast ud fra EU-retspraksis, at ensartede forhold skal behandles lige i forhold til ligebehandlingsprincippet¹⁰⁹.

Som det også nævnes tidligere i fremstillingen, er det kravet til den åndelige proces, som er knyttet til personligheden, der ligger til grund for ophavsretten. Der bør først og fremmest ses på om en AI kan begribe de hensyn, der ligger bag ophavsretten. Hensynene har været at fremme den kulturelle produktion for derved at imødekomme samfundets kulturelle interesser. Man har derfor givet ophavsmænd nogle økonomiske og ideelle rettigheder for at motivere disse ophavsmænd til at frembringe værker. Det er nemlig slået fast, at incitamentet hos ophavsmænd til at frembringe værker, skal øges ved at indrømme disse nogle enerettigheder i form af ideelle- og økonomiske

¹⁰⁹ Sag C-21/03, præmis 27

rettigheder og dermed give en belønning til frembringelsen. Spørgsmålet vil i første omgang være, om en AI kan motiveres til at skabe et værk på baggrund af disse økonomiske og ideelle rettigheder.

Det kan næppe siges, at de hensyn bag de økonomiske rettigheder, kan være formålstjenligt for en AI. En AI er et menneske lavet elektronisk objekt, hvorfor sådanne rettigheder af økonomisk henseende ikke kan være en motivationsgivende effekt for den. Den vil ikke være i stand til at være bevidst omkring, hvorvidt den overhovedet får disse rettigheder, og vil såmænd heller ikke forstå hvad sådanne rettigheder ville indebære. Det kan ikke siges, at den har brug for økonomiske incitamentter til at skabe et værk og dermed få muligheden for at gøre økonomisk gavn ud af sine genererede værker. Dog hviler baggrunden for, at den generer værker på strøm og data, hvorfor denne er et maskinmæssigt objekt. En AI vil derfor kun frembringe værker så længe programmøren, eller brugeren af denne, ønsker det. Derfor vil de hensyn til de økonomiske rettigheder snarere opstå hos disse fremfor AI'en selv, men dog er deres indsats mere knyttet til fremskaffelsen af selve AI'en frem for dens genererede værker.

Heller ikke forhold til de ideelle rettigheder kan der argumenteres for, at en AI kan motiveres til at generere værker. Da hele essensen bag de ideelle rettigheder tager udgangspunkt i det følelsesmæssige bånd, en forfatter kan have til sit arbejde, vil det ikke være realistisk at nævne, at en AI kan have et følelsesmæssig bånd til sine værker. Den kan først og fremmest ikke tænke med følelser og er dermed kunstigt tænkende i forhold til et menneske, hvorfor den vil generere værker uafhængigt af følelser. Af den grund vil det ikke være realistisk at kunne påpege, at en AI vil kræve beskyttelse mod nogle handlinger, der krænker dens præstige og ære og ikke mindst dennes genererede værker, af denne grund, at den ikke ved, hvad det vil sige, at dennes ideelle rettigheder krænkes. Alt i alt vil en AI generere værker, så længe den bliver fodret med data og så længe man sørger for, at den har velfungerende dele.

De nævnte hensyn, der ligger bag ophavsretten i form af at tildele individet både økonomiske og personlige rettigheder i forhold til dens skabelser, er også noget, der er taget højde for i forhold til individets grundlæggende rettigheder. I FN's menneskerettighedserklæring art. 27 fremgår det således, at

*"1:Enhver har ret til frit at deltage i samfundets kulturelle liv, kunstnydelse og til at blive delagtiggjort i videnskabens fremskridt og dens goder. 2:Enhver har ret til beskyttelse af de moralske og materielle interesser, der hidrører fra en hvilken som helst videnskabelig, litterær eller kunstnerisk frembringelse, som vedkommende har skabt."*¹¹⁰

Da individet er det essentielle i menneskerettighederne, og da disse rettigheder blandt andet er opstået for at beskytte alle individer i verden på lige fod uanset etnicitet og religion, vil det næppe kunne siges, at en AI, som er en maskine/robot, kan være en del af disse menneskerettigheder, selvom den, i et vidst omfang, er kodet til at kunne agere menneskeligt til en vis grad. Endvidere vil det også være hensigtsmæssigt at påpege, at en AI ikke er blevet anerkendt som et retssubjekt i EU¹¹¹. På baggrund af disse kan det siges, at en AI hverken kan begribe de enerettigheder ophavsretten tildeler og hverken kan være anset for at være en del af de grundlæggende menneskerettigheder, netop fordi den ikke er et levende menneske.

Forarbejderne understreger dog udtrykkeligt, at en datamat ikke kan tænke selv og skabe værker selvstændigt, også hvis der er decideret tale om "kunstig intelligens"¹¹². Selvom der ifølge Schönning ikke stilles et krav om at værket skal være skabt ved en bevidst handling¹¹³, er Rosenmeier overbevist om, at dette ikke kan være på tale i henhold til tilfælde af computergenererede værker "*værker skal for det første være frembragt af ophavsmanden selv og ikke være f.eks... udelukkende skabt af en computer*"¹¹⁴. Endvidere påpeger han også, at "rutinemæssige", "mekaniske", "automatiske" og "fabrikmæssige" frembringelser ikke kan anses for at være et værk i ophavsrettens forstand¹¹⁵, og denne afklaring må antages at være gældende for alle typer af værker. Rosenmeiers antagelser må antages for at være gældende for AI også, idet den ikke kan betragtes som et objekt, der med sit sind og intellektualitet kan have været både fritstillet og kreativ ved at sætte sin personlige "præg" på det værk, den har genereret. Selvom en AI generer et værk, ved at den sammensætter nogle elementer

¹¹⁰ <https://amnesty.dk/om-amnesty/fns-verdenserklæring-om-menneskerettigheder>

¹¹¹ Se afsnit vedrørende AI

¹¹² betænkning s. 68

¹¹³ Schönning s. 121

¹¹⁴ Værkslæren s. 91

¹¹⁵ Værkslæren 92

sammen, er den begrænset til kun at foretage valg på baggrund af de data, den bliver fodret med, og dens valg er endvidere begrænset til det programmøren har kodet den til i forhold til algoritmen bag denne. Dens funktion er såvel bundet til de forudbestemte materialer og data, samt mennesket, der står bag. Det er nemlig væsentligt i forhold til bedømmelsen af originalitetskravet, at man har haft en kreativ frihed uden at være begrænset i nogen form af tekniske krav og regler ¹¹⁶. Endvidere vil en AI ikke kunne genspejle sin personlighed i dens genererede værker, hvorfor dens kreative indsats vel og mærket vil være af mekanisk karakter. Dette vil ligeledes være tilfældet, selvom ophavsretten i princippet er åbent for alle former for skabelser af enhver form, som også er påpeget tidligere.

Hvis der alligevel skulle opstå spørgsmålstejn angående, om en AI kan være anset for at være ophavsmanden, bør man stille sig selv spørgsmålet, om hvorfor lovgivere i Danmark, og dem der har siddet bag Bernerkonventionen, har haft et behov for at basere beskyttelsestiden i ophavsretten - x antal år efter ophavsmandens død? Der fremgår nemlig af OPHL § 63 stk.1, at den ophavsretlige beskyttelsestid er indtil 70 år efter ophavsmandens død og Bernerkonventionen understreger, at beskyttelsestiden er noget, medlemslandene selv kan bestemme. Det fremhæves i konventionens artikel 7 stk.1 nr.5, at beskyttelsestiden er noget, der skal regnes fra ophavsmandens død. Dette viser nemlig også, at ophavsretten er bygget op omkring antagelsen om at ophavsmanden er et menneske.

Selvom *Naruto v Slater*¹¹⁷ dommen ikke decideret omhandler AI-maskiner, kan det eksplicit danne grundlag for, hvordan domstolene i Danmark og EU i fremtiden måske vil fortolke og løse en lignende sag, der omhandlede AI, da der kan ligge begrundelse for, at en abe er mere menneskelig end en AI.

Følgelig kan der ikke kræves beskyttelse for et værk, produceret og udvalgt af en AI, og denne kan ikke anses for at være ophavsmanden. Selv hvis det arbejde, der er skabt af en AI i princippet også kunne blive skabt af et menneske, vil beskyttelsen ikke blive sandsynliggjort i henhold til den nuværende retstilling. Der bliver dog lagt vægt på skabelsesprocessen snarere end det færdiglavede output, og fraværet af en person i denne proces er væsentligt i forhold til bedømmelsen.

¹¹⁶ Se afsnit om originalitetskrav

¹¹⁷ Omtalt i afsnit om ophavsretten subjekt

4.3 Kan der være tale om en tilstrækkelig menneskelig indsats og i så fald hvem tilfalder rettigheden?

Som det tydeliggøres i forrige afsnit, kan en AI ikke anses for at være en ophavsmand grundet manglende personlighed og der er ingen beskyttelse at hente i forhold til de værker den genererer, da der ikke er en menneskelig indblanding i fremskabelsesprocessen. Spørgsmålet i dette afsnit er, om nogen kan påvirke frembringelsesprocessen for AI-genererede værker for derigennem at opnå værkshøjde.

Som nævnt tidligere i fremstillingen, lever vi ikke i en verden, hvor AI indikerede værker bliver genereret af de såkaldte "stærke" AI-systemer, hvor systemet både tænker og agerer som et menneske. Derfor vil det være hensigtsmæssigt at understrege, at der i dag ene eksisterer såkaldte "svage" AI-systemer, som er afhængige af den regelbaserede algoritme og de input den får tildelt. Resultatet af de værker den genererer, kan være forudbestemt af programmøren eller brugeren af denne. Dette er vigtigt at understrege i forståelsen for, om en AI kan bruges af et menneske som værktøj til at generere et værk. De "svage" AI-systemer, som vi har i dag, er ikke fuldstændig uafhængige og de er generelt programmeret til at kunne handle menneskeligt¹¹⁸, hvilket vil sige, at mennesket i princippet godt kan få kontrol over dens output, ved at påvirke den ved at skrive den bagvedliggende algoritme og med de specifikke data de giver den, selvom problemet med den "sorte boks" eksisterer. Dog vil spørgsmålet netop være, om originalitetsgraden kan opnås gennem benyttelse af en AI til at generere værker.

Da retsstillingen på området ikke helt er fastlagt, vil det være hensigtsmæssigt at dykke ned i forarbejderne for at kunne statuere, om en AI kan anvendes som et værktøj og endvidere, om mennesket bag denne kan opnå ophavsret til AI-genererede værker. Forarbejderne påpeger nemlig, at individuelle prægede værker, som fremkommer ved hjælp af datamater, altid bør henføres til menneskets indsats, hvorfor den maskinelle hjælp til at skabe et værk alene kan betegnes som et værktøj for den eller de skabende personer.¹¹⁹ Derfor kan der siges, at der godt kan kræves en ophavsretlig beskyttelse for værker, selvom disse er skabt ved hjælp af en datamat. Da datamaten

¹¹⁸ Se afsnit om AI

¹¹⁹ betænkning 1064/86 s. 67

anses for at være et værktøj for frembringelsen, er det essentielt at understrege, at ophavsrettens grundbetingelser skal gøre sig gældende førend der kan gives ophavsret. Det kræver nemlig, at værket skal være menneskeskabt hvor det har været muligt for mennesket at træffe frie og kreative valg. Selvom en AI i forhold til forarbejderne anses for at være noget, der decideret kun kan bruges som et værktøj, vil det være problematisk at sige, at mennesket kan få indflydelse på det færdiglavede værk gennem hele af AI's frembringelsesproces af værker. Modsat traditionelle datamater og edb-programmer, er der i forhold til AI tale om et "sorte boks"-problematik¹²⁰, som gør, at man ikke ved, om hvordan og hvorfor en AI agerer som den gør.

Hvis man ser på dommen Painer C-145/10 er det eksempelvis fastslået, at ophavsmanden kan træffe frie og kreative valg på mange måder og i forskellige faser af produktionen¹²¹. Som nævnt består frembringelsesprocessen for AI genererede værker af tre faser; input → sorte boks → output. På grund af "sorte boks" problematikken, kan et menneske kun have muligheden for at foretage de frie og kreative valg i input eller outputfasen af produktionen og ikke gennem hele processen. Der kan dermed argumenteres for, at selvom en AI laver et selvstændigt stykke arbejde, kan mennesket deltage i udvælgelsen af det færdiglavede stykke arbejde eller omhyggeligt vælger datainput, der lagres i AI-systemet med en intention om, at AI'en skaber noget af en bestemt karakter¹²².

Hvis man ser på de momenter, der kan tale for originalitet i forhold til at kunne sammenstille elementer for oven i fremstillingen, vil der kunne argumenteres for tilstrækkelig indsats i forhold til værkshøjde, ved at kunne sætte sit præg gennem udvælgelse og sortering fra det færdiglavede arbejde, eller ved at give AI'en specifikke inputdata, man selv specifikt har udvalgt for værende en intellektuel handling, der kan være relevant for eneretten.

¹²⁰ Læs afsnit om AI

¹²¹ Painer C-145/10, præmis 88-90

¹²² Katharine Stephens & Toby Bond (2018), Artificial Intelligence Navigating the IP Challenges. 43

4.4 Hvem tilfalder rettighederne? – Når der er tale om svage AI-systemer

Som det frembringes i forrige afsnit, kan et menneske godt gøre indflydelse og kræve ophavsret for værker, der er AI-genererede, så længe der er tale om en hvis grad af indsats i det færdiglavede værk. Der vil nu blive set på, hvem disse rettigheder kan tilfalde og herunder om det er brugeren eller programmøren?

I forhold til ophavsretten er det således, at de værker, der er frembragt af teknologi skal omfattes af den ophavsretlige beskyttelse, hvorfor det antages for at være menneskeskabt. Dette fremgår nemlig af betænkning 1064/86, at

" [e]n datamat kan ikke "tænke selv", og den vil derfor ikke selvstændigt kunne skabe "værker"... De individuelt prægede frembringelser, som fremkommer ved hjælp af datamater, må derfor altid henføres til menneskers indsats, og det maskinelle bidrag kan alene betegnes som et værktøj for den eller de skabende personer. Det antages normalt, at kun menneskeskabte frembringelser kan være genstand for ophavsret, og i overensstemmelse med det ovenstående må det antages, at hverken på teknikkens nuværende stade eller i en overskuelig fremtid vil der opstå "værker" som ikke beskyttes, fordi de er frembragt af en datamat"¹²³

Om hvorvidt en person kan opretholde eller kræve ophavsretlig beskyttelse for værker og anses som ophavsmand af det "værk", som er genereret af et automatiseret program, er også noget der er taget til betragtning af WIPO/UNESCO. De anerkender i deres rekommandation, at programmøren kan identificeres som forfatter eller medforfatter til et værk, der er automatisk genereret af et program, eftersom programmøren har frembragt det skabende element. Selvom det færdiggenererede værk af programmet i princippet ikke kan være berettiget til ophavsretlig beskyttelse. Dog skal det bemærkes, at der i rekommandationen *ikke* nævnes, at det *kun* er programmøren, der kan være forfatter eller medforfatter til et værk, der er automatisk genereret af et program¹²⁴. Hvis man ser

¹²³betænkning 1064/86 S. 67

¹²⁴ Rekommandationen fra Wipo/Unesco, 1982, punkt 16

på det faktum, at en AI godt kan udvikle sig hos brugeren, ved at denne sætter sit præg på outputtet gennem udvælgelse og formål eller ved at give den specifikke input, kan der argumenteres for, at sådan en bruger også kan kræve ophavsret lige såvel som programmøren i henhold til rekommandationen. Hvis man eksempelvis tager udgangspunkt i Microsoft, som har udviklet Word, kan det ikke siges, at Microsoft som skaberen/programmøren kan kræve ophavsret på de materiale/værker, der bliver lavet af en tilfældig bruger af denne, som har købt Word. Af betænkning 1964/ fremgår det nemlig, at *"ophavsretten tilkommer den eller de personer, som har "afstedkommet det skabende element, uden hvilket resultatet ikke ville være berettiget til ophavsretsbeskyttelse"*

I forbindelse med dette kan der tænkes på to scenarier, for at kunne afgøre om hvem der i princippet kan få ophavsrettigheder til AI-genererede værker.

Det første scenarie er, at programmørens udviklede kode og algoritme kan påvirke udtrykket af værket. Når algoritmen og koden som er så specifikt, at den kan forme udtrykket til det færdige lavede værk, at programmørens personlighed bliver reflekteret i værket, gennem de frie og kreative valg denne har foretaget i forbindelse med bearbejdelsen af algoritmen og koden. Der kan med andre ord siges, at værket, der er genereret af en AI, er udstedt på baggrund af den indsats programmøren direkte har kodet den til. Brugeren af dette program vil eksempelvis være låst til at benytte værket i forhold til det programmøren har kodet programmet til. Eksempelvis, hvis der er tale om et computerspil, vil brugeren kun have muligheden for at foretage kreative valg på baggrund af de elementer, der er sat i computerspillet af programmøren.

Spørgsmålet vil så være, om hvem der kan anses for at være ejeren af værker, der er udført af et sådant program.

Dette kan illustreres i den engelske dom *Nova productions Ltd v Mazooma games Ltd*, der handlede om et elektronisk spil. Det er slået fast, at de individuelle rammer som dukkede frem under spillet, var noget, der var genereret af computeren. Spørgsmålet vedrørte derfor hvem, der skulle have ophavsret for de individuelle rammer - programmøren eller spilleren? Afgørelsen lød på, at de individuelle rammer der dukkede frem under spillet blot kunne ske på baggrund af programmørens kreative indsats i form af at udvikle et program, som kan udtænke formen for de forskellige elementer i spillet og dermed muliggøre de rammer der dukkede op, hvorfor det ikke er noget, der kunne tilhøre

computerspilleren¹²⁵. Der kan ud fra dommen udledes, at når programmøren sætter sit præg i nogle dele af processen, kan vedkommende få opfyldt originalitetskravet og kræve beskyttelse. Eftersom programmøren har tilført alle elementerne, som var fundamentet for spillets udtryk, blev programmøren derfor anset for at være ophavsmanden og begrundede ikke, at spillerens indsats var tilstrækkeligt til at kunne kræve ophavsret¹²⁶.

Efter dansk ret kan det næppe siges, at der kunne nås frem til det samme udfald i dommen. Der vil i forhold til originalitetskravet blive lagt vægt på, at de snarere ville være brugeren af spillet fremfor programmøren, der kunne kræve ophavsret, netop fordi det hovedsageligt er brugeren, der foretager de frie og kreative valg, der danner fundamentet for udtrykket i spillet. Dog kan der argumenteres for, at programmøren kan få ret til ophavsretlig beskyttelse til dele eller enkelte elementer i forhold til spillets udtryk, hvorfor brugeren i denne sammenhæng gør brug af forskellige elementer, som programmøren har dannet, da de er baseret på programmørens frie og kreative valg.

Derfor kan der på den ene side argumenteres for, at programmøren kan opnå ret til fællesophavsret jf.OPHL § 6. Man kan nemlig godt forstille sig, at mens brugeren har stået for de kreative valg ved udtrykket i spillet, har programmøren bistået med tekniske funktioner, der har skabt fundamentet for, at brugeren har kunnet frembringe dette udtryk. På den anden side, har programmøren jo ikke decideret foretaget kreative og frie valg, hvorfor denne slet ikke har været bevidst omkring, hvilke valg brugeren har foretaget. Man må derfor sige, at programmøren i dette tilfælde ikke kan opnå en medophavsret, hvorfor denne ikke har ydet mere end teknisk medhjælp til at danne rammerne for brugeren, og det kan dermed siges, at brugerens og programmørens bidrag til udtrykket kan udskilles som to som selvstændige indsats¹²⁷.

Det andet scenarie er, når den algoritme og kode, programmøren har tilføjet programmet, ikke påvirker det faktiske udtryk på det færdiglavede AI-værk, der kan give større rum for at benytte programmet mere frit og som et faktisk værktøj.

¹²⁵ <https://www.inbrief.co.uk/intellectual-property/computer-generated-works-copyright/>

¹²⁶ <https://www.inbrief.co.uk/intellectual-property/computer-generated-works-copyright/>

¹²⁷ Schønning (2016) s. 125

Dette kan eksemplificeres gennem en anden engelsk dom Express Newspapers v Liverpool Daily. Sagen angik en problemstilling vedrørende bogstavkoder, der var blevet til ved hjælp af computerprogrammer. I henhold til retten var computerprogrammet ikke andet end et værktøj:

” The Computer was no more than the tool by which the varying grids of five-letter sequences were produced to the instructions, via the computer programs, of the programmer. It is as unrealistic to suggest that the programmer was not the author, as it would be to suggest that, if you write your work with a pen, it is the pen which is the author of the work rather than the person who drives the pen”¹²⁸

På baggrund af dette citat fra domstolen kan der derfor godt lægges til grund, at en AI er blyanten mens det, den genererer, er ”tegningen” i forhold til dens værker, hvorfor selve værket jo er udarbejdet af et menneske med brug af en AI som værktøj. Ud fra dansk ret kan det derfor siges, at i disse tilfælde vil brugeren være tættest på at have opnå ophavsret fremfor programmøren, hvorfor de anvendte programmer, herunder AI, kan fungere som et værktøj for at manifestere udtrykket af menneskelige forfattere. I forbindelse med at AI'en ikke selv kan sætte sit præg på dens værker grundet manglende personlighed, vil det dermed kunne siges, at brugeren vil have et stort præg på det frembragte værk af et AI.

Det vil være hensigtsmæssigt at eksemplificere dette for at give en dybere forståelse for det ovennævnte. Andrej Karparthy, Ph.d.-studerende på Stanford Universitet, bruger et tekstgenererende program, hvor han lærer en AI om, hvordan den skal læse tekster og komponere sætninger i en bestemt stil. Han har sammenkædet alle værker af Shakespeare til ét, og lært AI-maskinen hvordan den skal læse tekster og komponerer sætninger i samme stil med Shakespeare. AI-maskinen har dermed komponeret en tilstrækkelig grad af sætninger, der er i samme stil med Shakespeares¹²⁹. I dette tilfælde kunne der ud fra ovennævnte argumenteres for, at Karparthy sandsynligvis kan gøre ophavsretligt krav på de sætninger og tekster AI-maskinen generere. Dette skyldes, at sætningerne er udstedt på baggrund af de kreative handlinger, han selv har foretaget, i

¹²⁸ <https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2018/06/lionel-the-uk-provisions-on-computer-generated-works.pdf>

¹²⁹ https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05/article_0003.html

form af de specifikke udvælgelser af inputdata og med en hvis formål, som kun har været baseret på at få maskinen til at generere Shakespeare-lignende tekster. Der kan dermed argumenteres for, at der er tale om en tilstrækkelig grad af kreativitet og personlighed i udvælgelsen af inputdata og han vil derfor kunne kræve ophavsret for de generede tekster.

Et anden eksempel hentes fra firmaet Autodesk, som fokuserer på 3D-design. En af deres ansatte anvender en AI ved navn "Dreamcatcher". Designeren forsyner Dreamcatcher med specifikke data, så AI-maskinen kan generere noget i retning af, hvad designeren selv ønsker. Dreamcatcher genererer et stort mængde designs, der svarer til de kriterier, den ansatte designer ønsker. Designeren guider Dreamcatcher i forhold til hvilke af de designs den har genereret, på baggrund af hvad designeren kunne lide eller ikke lide, og det førte så til, at maskinen genererede en ny runde og den bliver ved, indtil den generere opfylder de specificerede kriterier, som designeren selv ønskede¹³⁰. Der kan på baggrund af de muligheder for originalitet, som er nævnt ovenfor, argumenteres for, at udvælgelsen og de deciderede intentioner designeren har, og i henhold til det, at designeren foretager frie og kreative valg i både input- og i outputfasen af det endelige stykke arbejde genereret af en AI gennem udvælgelse, ville være anset for et tilstrækkelig menneskelig bidrag for at kunne opfylde originalitetskravet og opnå beskyttelse.

4.5 Situationer hvor en AI agerer mere autonom

Det forrige afsnit behandlede situationer angående ejerskab til værker skabt gennem svage AI-systemer, hvor den nemt kunne bruges som et værktøj. Når man snakker om de situationer hvor AI bliver brugt til skabe kunst i forbindelse med større projekter, er de afhængige af større grad af data fra de åbne internetkilder for at træne deres AI i forbindelse med kommercielle formål og endda uden at foretage specifikke valg blandt de data.

Man kan se på projektet "Next Rembrandt", hvor AI-"maskinen" fik tilført tusinder af værker af en død maler fra det offentlige internet, hvor formålet så har været, at en AI skulle generere værker på

¹³⁰ Wilson, H. James & Daugherty, R. Poul - "Collaborative Intelligence: Human and AI joining forces" - Harvard Business Review (2018)

lige fod med den døde forfatter. AI-systemet har selv, på en autonom måde ud fra store mængder af data og kilder fra det åbne internet, genereret værkerne.

I dette tilfælde har der ikke været noget menneskelig indblanding i frembringelsesprocessen udover at skabe algoritmen og koden til at denne AI kunne fungere. Dog kan der på den anden side stilles spørgsmål angående, om teamet (brugeren) bag dette projekt har haft en tilstrækkelig indflydelse ved at fodre den med data, hvorfor disse data specifikt er udvalgt på baggrund af den døde malers førhen værende malerier. Selvom der jf. tidligere i fremstillingen er fremvist, at et menneske godt kan gøre indflydelse og dermed opkræve ophavsrettighed gennem bla. udvælgelse, vil dette alligevel være svært at påstå, hvorfor teamet ikke decideret har bidraget med materiale i form af input men dog gjort alt relevant materiale tilgængelig for AI'en, som så selv udplukker det hele. Der kan dermed ikke være tale om et præcist truffet valg i forhold til inputdata fra teamets side og det vil endvidere ikke være tilstrækkeligt for opfyldelse af originalitetskravet eftersom det personlige præg ikke vil være at finde i frembringelserne i forhold til projektet¹³¹.

På den anden side vil spørgsmålet være om teamet bag projektet ved at trykke på "start tasten" af AI'en, som så automatisk generere værker, på lige fod med den døde maler vil være en tilstrækkelig handling for værkshøjde, hvorfor de automatiske genererede sammensætninger fra AI'en i princippet godt kunne fremstå som et ophavsretlig beskyttet værk. I forhold til ophavsretten vil det dog ifølge sådan en handling næppe være tilfældet. Det er teamet selv, som skal træffe de frie og kreative valg, og et enkelt klik på en "start knap" vil ikke være udtryk for en selvstændig og åndelig skabende proces, hvorfor teamets kreative og frie valg bliver indsnævret til blot et klik på knappen, da dette ikke påvirker det endelige resultat af det frembragte værk.

Dog kunne man bla. i dette tilfælde stille sig selv spørgsmålet angående om den intellektuelle bidrag, programmøren foretager for at bygge den bagvedliggende algoritme, kan være en anden form for kilde til originalitet til de værker AI'en frembringer i forhold til projektet. Dette kan dog næppe siges at være gældende, hvorfor udviklingen af algoritmen næppe i sig selv kan være tilstrækkeligt for at opfylde originalitetskravet, hvorfor de både vil være fjerntliggende og uden betydning for i

¹³¹ Læs fremstillingens afsnit vedrørende originalitetskravet

slutresultatet af de værker, projektet har til hensigt at frembringe. Netop fordi de færdiglavede frembringelser ikke kan afspejle sig i programmørens personlighed, eftersom det ikke er programmøren selv, der tager de fornødne kreative og frie valg, som er en betingelse for værkshøjde. Det er nemlig snarere AI'en selv, der foretager de valg der skal til for at frembringe værket i overensstemmelse med formålet med projektet, dog uden at det kan erkendes at den selv kan få ophavsretlig beskyttelse for disse værker pga. fraværet af den åndelige, intellektuelle og personlige indsats som kræves, selvom den på en mere fri måde foretager disse valg.

4.6 Delkonklusion

Ud fra det ovennævnte kan det dermed konstateres, at en AI ikke kan anses for at være en ophavsmand og at dennes genererede værker ikke kan beskyttes i henhold til ophavsretten grundet den manglende menneskelige involvering i frembringelsesprocessen. Værker, genereret af en AI, kan ikke anses for at være værker, der er skabt med dennes åndelige, intellektuelle og personlige indsats, og endvidere uden at kunne foretage kreative og frie valg. Dog er det således, at der ud fra retspraksis kan udledes, at selv en lille menneskelig involvering af i frembringelsesprocessen kan medføre værkshøjde for de genererede værker. Dette finder sted, hvis mennesket involverer sig i udvælgelsesprocessen i den endelig stykke frembragte værk eller gennem de data den kan fodre AI'en med. Det vil sige, at mennesket kan involvere sig i processen ved både input og output. Endvidere i forhold til hvem, der kan gøre krav på disse værker, vil det i de fleste sammenhænge, hvis ikke alle sammen, være brugeren der vil være tættest på at kunne kræve beskyttelse, hvorfor denne er mere fritstillet til at kunne bruge AI som et værktøj, ved at kunne dirigere den i forhold til hvad den selv vil have den til at frembringe, og endvidere har brugeren store rammer for at kunne tage frie og kreative valg. Dog må man sige, at dette må vurderes fra sag til sag. I nogle sammenhænge frembringer en AI værker på baggrund af titusinder af data, hvilket kan gøre det svært at bevise tilstrækkelig menneskelig involvering.

Dette er problematisk i henhold til programmøren, da denne blot skaber fundamentet for, at en AI kan agere som den gør, i forhold til den algoritme og kode programmøren skriver. Mulighederne for at programmøren kan sætte sin personlige præg på det endelige stykke arbejde gennem frie og kreative valg vil derfor ikke være tilstede.

5 Kan AI-genererede værker krænke tredjemand?

5.1 Indledning

I forrige kapitel blev der set på om hvorvidt en AI kunne anset for at være ophavsmanden og endvidere om hvorvidt dennes genererede værker kunne få beskyttelse i henhold til ophavsretten. Dette kapitel vil fokusere på om AI-genererede værker kan krænke andres rettigheder. Da en AI ikke er et menneske, som det er påkrævet i ophavsretten, har det en stor betydning for dette kapitels emne, at der har været set på ejerskab i forhold til AI-genererede værker i forrige kapitel. Dette har især en betydning i forhold til, at en AI ikke er en rets subjekt, og den foretagende identificering af problemstillinger i henhold til ejerskab i forhold til AI-genererede værker, vil danne en betydeligt grundlag for behandling af problemstillinger i dette kapitel. Behandlingen af dette kapitel vil igen understøttes af praktiske eksempler, for at give en bedre forståelse.

Dog vil det være hensigtsmæssigt at klarlægge om, hvad der ligger i begrebet "krænkelse" inden der dykkes ned i krænkelsesbetingelserne. Det er således at krænkelse er på tale, når man foretager en handling, der strider imod som tidligere nævnte ophavsmandens enerettigheder i form af de økonomiske – og ideelle rettigheder jf. OPHL § 2 og § 3.

5.2 Krænkelse

Ophavsretten er en beskyttelsesdisciplin, der kun tager højde for at give enerettigheder i form af beskyttelse af værker, hvorfor den koncentrerer sig om værker, der er beskyttede. Når man taler om krænkelse i ophavsretten vil det derfor være væsentligt at påpege, at ligeså vel som kun beskyttede værker giver enerettigheder til dens ejere, er det også kun ophavsmandens beskyttede værker der kan være i stand til at blive krænk¹³². Når man taler om krænkelse i ophavsretten, skal der være

¹³² Larsen (2019) s. 91

tale om tre kumulative betingelser, der skal være opfyldte, førend der kan statuere krænkelser. Disse tre betingelser er; samtykke, efterligning og identitetsoplevelse.¹³³

5.2.1 identitetsoplevelse

Krænkelser kræver bla. en identitetsoplevelse mellem den nye frembringelse og værket. Dog er det ikke et krav, at frembringelser er helt identiske, der vil således være tale om krænkelser, når frembringelserne giver en oplevelse af identitet og lighed, når man sammenligner værkerne. Man skal nemlig kunne mene, at den nye frembringelse er den samme som det oprindelige værk, selvom der er tale om forskelle. Der er derfor ikke tale om en krænkelser, når værkerne slet ikke ligner hinanden.¹³⁴

5.2.2 Efterligning

Desuden kræver det, at krænkeren skal efterligne et andet beskyttet værk, og krænkeren skal på krænkelsetidspunktet have kendskab til værket på en bevidst eller ubevidst måde. Desuden er denne betingelse også udtryk for et subjektivt krav, hvorfor ophavsretten ikke er en prioritetsbeskyttelse som også er nævnt tidligere i fremstillingen. Der kan derfor ikke være tale om en krænkelser, såfremt en frembringelse er identisk med, eller ligner et andet, er frembragt uden kendskab til værket. Der vil derfor ikke foreligge en krænkelser af det allerede eksisterende værk grundet dobbeltfrembringelseslæren¹³⁵.

5.2.3 Samtykke

Noget andet, der er væsentlig inden for krænkelsevurderingen, er samtykke. Det er et krav, at det krænkelser værk bruges uden samtykke fra rettighedshaveren, hvilket vil sige uden tilladelse¹³⁶. Hvis der er tilladelse fra rettighedshaveren, er der af selvfølgelig ikke tale om krænkelser.

¹³³ Larsen (2019) s. 91

¹³⁴ Schovsbo (2014) s. 209

¹³⁵ Schovsbo (2014) s. 210

¹³⁶ Larsen (2019) s. 92

5.3 Er generering af AI værker en krænkende proces?

I forrige kapitel er der nået frem til, at AI-genereret værker ikke kan få en ophavsretlig beskyttelse grundet en manglende personlig, åndelig og intellektuel indsats i frembringelsesprocessen og endvidere fordi, at en AI ikke kan anses for at være en ophavsmand i ophavsrettens forstand.

Spørgsmålet i dette afsnit vil derfor være, om sådanne AI-genererede værker kan krænke andres ophavsrettigheder.

Som det også nævnes tidligere i fremstillingen, skal AI fodres med en masse data for at den kan frembringe værker. Det er derfor ikke en hemmelighed, at få eller store dele af de data den bliver fodret med, kan krænke tredjemands rettigheder. Dette kan den eksempelvis gøre ved at bruge andres ophavsretlige beskyttede værker som en del af dens træningsproces¹³⁷.

Dog kan der også være de tilfælde, som også beskrevet i forrige afsnit, at AI-systemer kan gives en vis grad af frihed til at opsøge kilder og dermed frembringe værker. Dette er i fremstillingen især eksemplificeret med projektet "Next Rembrandt". Et eksempel fra en Amerikansk sag *Google v Authors Guild* illustrerer, at AI-systemer i princippet godt kan forvolde nogle problemstillinger i forhold til krænkelse. Den handlede om, at Google har fodret en AI med millioner af kilder fra bøger i det åbne internet. Authors Guild har påpeget, at der har været tale om en krænkelse af flere forfattere. Domstolen kom frem til, at der ikke var tale om krænkelse af de værker, som er benyttet af Google til at fodre en AI med. Grundlaget for dette var, at det ophavsretlige system i USA, har en Fair use- doktrin regel, som gjorde, at Google vandt sagen¹³⁸. Et andet eksempel i forhold til om en AI kan forvolde problemer, i forhold til andres ophavsrettigheder er at hente fra en igangværende og ikke afgjort sag fra Canada, der handler om, at en kunstner ved navn Chamendy sagsøger en anden

¹³⁷ Katharine Stephens & Toby Bond (2018), Artificial Intelligence Navigating the IP Challenges. 45

¹³⁸ <https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/authorsguild-google-2dcir2015.pdf>

kunstner ved navn Basanta for, at dennes AI-system, i forbindelse med generering af værker, har krænket Chamendy's ophavsrettigheder¹³⁹.

Da det er en realitet, at en AI kan krænke andres ophavsrettigheder, vil det være hensigtsmæssigt at se på, om hvem der i realiteten krænker disse værker fra tredjemand, for at give en forståelse for om der overhovedet kan være tale om en krænkelse.

Det er ikke en hemmelighed, at AI-systemer ikke er opstået af sig selv. Der har været et menneske bag denne maskinelle handling, som har gjort at en AI eksisterer.

Hvis man tager udgangspunkt i det vurderingsmomenterne angående krænkelse, vil det være formålstjenligt at se på, om en AI selv kan være i stand til at kunne opfylde disse momenter.

I forhold til momentet, samtykke, vil der kunne stilles spørgsmål til, om hvorvidt en AI kan tænke over at kræve samtykke fra en rettighedshaver. Da den er maskineltænkende, og ikke er i besiddelse af den sunde fornuft og dermed ikke kan tænke åndeligt og intellektuelt, vil det ikke være korrekt at nævne, at en AI kan kræve samtykke. På den ene side, vil spørgsmålet være, om hvor juridisk bindende det vil være, at give samtykke til en robot, da den ikke har nogen juridisk personlighed, som man kan håndhæve sine rettigheder over for, hvorfor den subjektivt set ikke kan gøres ansvarlig for dennes begåede handlinger. På den anden side kan der argumenteres for, at sådanne AI-systemer kan frembringe værker, der er på spor med det, mennesker kan frembringe. Af den grund kan det siges, at der rent objektivt set i princippet godt kan være tale om krænkelse. En AI kan i princippet godt skrive en bog, der er magen til, eller i væsentlig grad ligner de bøger Rosenmeier har skrevet.

I forhold til efterligning kan der stilles spørgsmålet til, om hvorvidt en AI kan være i stand til at efterligne noget den har haft kendskab til. Hvis man tager højde for dobbeltfrembringelseslæren, er der ikke noget, der er til hindring for, at to ophavsmænd uafhængigt af hinanden kan skabe to

¹³⁹ Teresa Scassa – “Artist sued in Canada for copyright infringement for AI-related art project” - http://www.teresascassa.ca/index.php?option=com_k2&view=item&id=286:artist-sued-in-canada-for-copyright-infringement-for-ai-related-art-project#

ensartede værker, hvorfor alle skal kunne få den frihed til at kunne udøve sine kreative og frie indsats. Af den grund kan der stilles spørgsmål ved, om hvorvidt en AI-genereret værk, kan være i stand til at efterligne, hvorfor den i princippet laver en frembringelse uden at være bekendt med, at sådan en frembringelse i realiteten finder sted i omverdenen, også selvom de værker, en AI genererer, i princippet kan ligne en andens værk på sådan en måde, at der er tale om en identitetsoplevelse. På den anden side, kan det heller ikke siges, at en mekanisk udstyret robot, som er afhængig af den algoritme den er kodet til, kan være i stand til bevidst at efterligne andres beskyttede værker.

Det kan det dog, ud fra denne problematik angående, at en AI ikke er et retssubjekt, og i princippet ikke selv være ansvarlig for sine handlinger, siges, at det skal være mennesket bag dennes handlinger, som skal anses for at krænke andres rettigheder. Spørgsmålet er, når et menneske i de fleste tilfælde ikke kan få ophavsret til værker, der er genereret af en AI, grundet manglende personlige skabende indsats, om den så lige pludselig godt kan være en del af krænkelser, der kan forekomme fra AI-systemer. Hvis man ser på, at et menneske ikke helt kan gennemskue og forstå hvorfor en AI agerer som den gør i forhold til dens frembringelser grundet problematikken med den "sorte boks". Det vil næsten være umuligt at kunne bebrejde programmøren eller brugeren af denne, hvorfor det i princippet ikke kan forklares, hvorfor det specifikke værk er blevet frembragt eller en bestemt metode den har brugt. Eksempelvis kunne det være tilfældet, at programmøren, der har skabt fundamentet og skrevet den bagvedliggende kode og dannet, i princippet kunne have designet den på sådan en måde, at selve AI-maskinen simpelthen ikke kunne fungere uden at krænke andres rettigheder. Så selv hvis brugeren benyttede denne AI-maskine, vil den ikke kunne undgå at bruge den uden at kunne krænke andres rettigheder.

Dog er det således, at selvom et menneske ikke kan involvere sig i frembringelsesprocessen i nogle AI-systemer, i forhold til dennes genererede værker, siger forarbejderne til ophavsretsloven tydeligt og klart, at de værker, der er udsprunget af datamater, herunder AI¹⁴⁰, altid skal henføres til en menneskelig indsats, hvorfor sådan en maskine ikke kan "tænke" selv¹⁴¹. Gervais, der er professor i Immaterialret, er også indforstået med, at krænkelser, forårsaget af AI-systemer er noget, der kun kan henføres til en menneskelig handling foretaget af programmøren eller brugeren af denne "those

¹⁴⁰ Se forrige kapitel

¹⁴¹ Se forrige kapitel

programmers, owners and users must accept responsibility for those productions, whether they amount to copyright infringement, libel or any other source of liability”¹⁴².

Dog må dette, i henhold til denne problemstilling, forstås på en anden måde end ved selve beskyttelsen af AI-genererede værker. For selvom forarbejderne udtrykker dette, er det ikke altid at mennesker kan kræve ophavsret grundet manglende involvering i processen. Dette må dog i denne sammenhæng forstås sådan, at selv det at trykke på start knappen til en AI, vil kunne medføre, at dette menneske kan have ydet en tilstrækkelig indsats for sådan en krænkende handling som en AI kan foretage. Dette finder nemlig støtte i Europa-Parlamentets beslutning fra 2017. Den siger nemlig, at det på nuværende tidspunkt, altid er mennesket, der er nærmest knyttet til robotens adfærd, som skal bære præg af dennes handlinger. Om hvor autonom sådan et AI-system er, vil det være mennesket, der har indflydelse på, om denne foretager en handling, der kan være krænkende eller skadevoldende for andre¹⁴³. Dette viser derfor, at hvis AI-systemer har gjort brug af beskyttede værker i form af de input den har fået, eller hvis den har genereret et værk, hvor der kan konstateres en væsentlig grad af identitetsoplevelse af et andet beskyttet værk, vil der derfor være tale om krænkelse, selvom der i mange tilfælde har været en meget lille menneskelig involvering i frembringelsesprocessen, med den betingelse at betingelserne for krænkelse er opfyldte.

5.4 Delkonklusion

Til forskel for beskyttelse af værker genereret af AI-systemer, vil det i krænkelsessammenhænge ikke være muligt, at adskille et menneske fra den krænkende handling. Selvom værker, der er genereret af AI, i stort omfang ikke kan opnå beskyttelse, vil den derimod godt kunne krænke andres rettigheder. Praksis i Danmark og EU er meget fattigt på området, men i en mulig sag vil det, af stor grad, være mennesket bag maskinens handling, der vil kunne blive anset for at være krænkeren. Grunden er, at AI-systemer ikke er et retssubjekt. Da der er tale om en robot, vil den ikke kunne

¹⁴²<https://pdfs.semanticscholar.org/211e/bef836a707afe9618d29ee380d5355d0c254.pdf?ga=2.146567607.2077133631.1597372024-1977185859.1597372024> s.38
<https://pdfs.semanticscholar.org/211e/bef836a707afe9618d29ee380d5355d0c254.pdf?ga=2.146567607.2077133631.1597372024-1977185859.1597372024>

¹⁴³ Civilretlige bestemmelser om robotteknologi – Europa Parlamentets beslutning d. 16 februar 2017

tilpasses ind i de momenter for vurderingen af en krænkelse, hvorfor denne ikke har en besiddelse af en menneskelig fornuft og intellektualitet. Hvis man ser på forarbejderne, har en maskingenererede handling altid en tilknytning til en menneskelig indsats bag denne handling, og på den anden side kan det godt siges, at det også er det menneske, der har de bedste chancer for at stoppe den krænkende handling. Det er med andre ord den menneskelige handling, der udgør en krænkelse af andres rettigheder når en AI genererer værker. Om denne menneskelige handling er foretaget af programmøren eller brugeren, vil være af samme grundlag, som er foretaget i forrige kapitel, angående hvem, der kunne anses for at være ophavsmand til værker frembragt af AI-systemer.

6 Konklusion

Den første problemstilling var om hvorvidt AI-genererede værker kan få en beskyttelse i henhold til ophavsretten. Analysen i fremstillingen har vist, at værker der er genereret af AI-systemer ikke kan få ophavsretlig beskyttelse grundet manglende værkshøjde. Værkshøjde kræver nemlig at der vil frembringelsesprocessen kræves en åndelig og intellektuel indsats gennem kreative og frie valg som kan genspejle sig i ophavsmandens personlighed. En AI kan derfor ikke anses for at være en ophavsmand grundet subjektetskravet i ophavsretten, som går ud på, at det kun er mennesker, der kan være ophavsmand.

Det kan nemlig konstateres på baggrund af retspraksis, lovforarbejdere og betænkninger, at ophavsretten i sin helhed kræver en menneskelig handling i forbindelse med frembringelse af værker. Der kan nemlig konstateres, at ophavsretten er en menneskecentreret ret, der kun giver beskyttelse til de værker mennesker frembringer. Analysen har vist, at der kræves en åndelig, intellektuel og personlig skabende indsats for at værker kan få beskyttelse, og dette er ikke noget en AI er i stand til at imødekomme. Hensynene bag ophavsretten er fast dedikeret på, at sådan en åndelig, personlig og intellektuel indsats er kun noget et menneske kan være i stand til at udøve. Disse former for AI-genererede værker, må derfor ligge i de frie, hvorfor de både ingen beskyttelse har og andre kan i princippet benytte den uden at kunne krænke nogen.

Yderligere kan der konstateres, at en menneskelig handling ikke kan udelukkes, hvis der er tale om åndelig og intellektuel indsats. Analysen er nemlig noget frem til, at dette kan komme på tale, såfremt et menneske har ydet en tilstrækkelig indsats og involvering under frembringelsesprocessen, kan denne godt kræve ophavsret. Dette kan kun komme på tale, hvis mennesket har truffet kreative og frie valg ved at give en AI specifikke og udvalgte inputdata eller gennem udvælgelse af outputtet, hvis det er, at dennes personlighed har afspejlet sig i det færdige værk. Af denne grund vil værkshøjdekravet være at anse som opfyldt. Der kan ud fra analysen konstateres, at dette ikke kan gøre sig gældende for alle typer af genereringer fra en AI. Om hvorvidt et menneske kan have indflydelse i frembringelsesprocessen, så dennes personlighed kan genspejle sig i det færdige værk,

afhænger graden af autonomien af en AI. Analysen viser nemlig, at jo mere en AI genererer på en autonom måde, desto vanskeligere vil det blive for et menneske at kunne have en indflydelse på frembringelsesprocessen. Ved de tilfælde hvor en AI genererer mere autonomt, vil der sjældent kunne siges at foreligge en tilstrækkelig nærhed mellem menneskets handlinger og det endelig værk AI'en har genereret.

Ud fra analysen kan der endvidere konstateres, at det kræver en selvstændig opfyldelse af værkshøjdekrauet, når det kommer til spørgsmålet angående, om hvem der kan anses for at være ophavsmand til AI-genererede værker. Analysen i fremstillingen viser, at det er brugeren af en AI, der er nærmest til at kunne få en ophavsretlig beskyttelse for AI - værker.

Endvidere kan der konstateres, at der ligger noget specielt i AI-genererede værker. Der kan nemlig ud fra fremstillingen konkluderes, at selvom AI-genererede værker ikke kan beskyttes, kan sådanne frembragte værker godt krænke tredjemands rettigheder. Grundet manglende subjekt, vil det ikke være selve AI'en der vil komme til at krænke. Analysen viser nemlig, at det altid er på baggrund af menneskets handlinger en robot kan komme til at fungere. Mennesker kan ved at trykke på en start knap ikke altid få beskyttelse af sådanne værker, men dog kan de altid blive ansvarlig for en robots handlinger, selvom de ikke har foretaget andet end at trykke på en start knap.

7 Litteraturliste

Litteratur

- Peter Blume: *Retssystemet og juridisk metode*. 1.udg. Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2011 (Blume 2011)
- Henrik Udsen: *IT-ret*. 4.udg. Ex Tuto Publishing A/S. 2019
- Peter Schønning: *Ophavsretsloven med kommentarer*, 6.udg. Karnov Group, 2016 (Schønning 2016)
- Mogens Koktvedgaard: *Konkurrenceprægede Immaterialretspositioner*, 1.udg. Juristernes forlag København, 1965 (Koktvedgaard 1965)
- Morten Rosenmeier: *Værkslæren i ophavsretten*, 1.udg. Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2001 (Rosenmeier 2001)
- Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, Clement Salung Petersen: *Immaterialret*, 4.udg. Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2014 (Shovsbo 2014)
- Torsten Bjørn Larsen, Kristian Helge Straton-Andersen: *Markedsretten*, 1.udg. Karnov Group, 2019 (Larsen 2019)
- Carsten Munk-Hansen: *Retsvidenskabsteori*, 1.udg. Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2014 (Munk-Hansen 2014)
- Torben Lund: *Ophavsret*, Gec Gads forlag, 1961 (Lund 1961)
- Mads Bryde Andersen: *IT-retten*, 2.udg. Gads forlag, 2005 (Andersen 2005)
- Morten Rosenmeier: *Ophavsret for begyndere*, 4.udg. Jurist- og Økonomiforbundets forlag. 2018 (Rosenmeier 2018)

Direktiver og internationale hjemler

- Wipo Copyright Treaty
- Bernerkonventionen
- Direktiv 2001/29 af 22/05/2001
- Direktiv 96/9/EF af 11/03/1996
- Direktiv 2009/24/EF af 23/04/2009

- Direktiv 2006/116/EF af 12/12/2006

Love, forarbejder og betænkninger

- Betænkning nr.1480
- LBK nr. 1144 af 23/10/2014
- FT 1959-60, Tillæg A
- Udkast til lov om ophavsrettens til litterære og kunstneriske værker, 1951
- betænkning 1064/86

Besøgte hjemmesider (alle er senest besøgt senest. 12.08.2020)

- https://pdfs.semanticscholar.org/211e/bef836a707afe9618d29ee380d5355d0c254.pdf?_ga=2.146567607.2077133631.1597372024-1977185859.1597372024
- http://www.teresascassa.ca/index.php?option=com_k2&view=item&id=286:artist-sued-in-canada-for-copyright-infringement-for-ai-related-art-project#
- <https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/authorsguild-google-2dcir2015.pdf>
- https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05/article_0003.html
- <https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2018/06/lionel-the-uk-provisions-on-computer-generated-works.pdf>
- <https://www.inbrief.co.uk/intellectual-property/computer-generated-works-copyright/>
- <https://www.etiskraad.dk/etiske-temaer/optimering-af-mennesket/homo-artefakt/leksikon/kunstig-intelligens>
- <https://www.nextrebrandt.com/>

- <https://pdfs.semanticscholar.org/211e/bef836a707afe9618d29ee380d5355d0c254.pdf? ga=2.146567607.2077133631.1597372024-1977185859.1597372024>
- <https://medium.com/@DutchDigital/the-next-rembrandt-bringing-the-old-master-back-to-life-35dfb1653597>
- <https://www.forbes.com/sites/greatspeculations/2019/02/25/ai-will-add-15-trillion-to-the-world-economy-by-2030/#6152897f1852>
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114548>
- <https://www.epo.org/news-events/news/2019/20191220.html>
- https://di.ku.dk/ominstituttet/jubilee/dikus_jubilaemsskrift/11.Machine_learning.pdf

Andet litteratur

Harvard Journal of Law & Technology Volume 31, Number 2 Spring 2018, THE ARTIFICIAL INTELLIGENCE BLACK BOX AND THE FAILURE OF INTENT AND CAUSATION, Yavar Bathaee (Bathaee 2018)

Katharine Stephens & Toby Bond (2018), Artificial Intelligence Navigating the IP Challenges

Retspraksis

- C-5/08
- C-429/08
- C-145/10
- C-604/10
- C-310/17
- U.1993.17H
- C-21/03

